

## Bevestigt de uitzondering de regel?

---

Tekortkoming in de nakoming als grond voor ontbinding van de  
overeenkomst

E.I. van Stijn

## Inhoud

|                                                                                                                             |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INLEIDING .....</b>                                                                                                      | <b>2</b>  |
| <b>HOOFDSTUK 1: ONTBINDING VAN EEN OVEREENKOMST OP GROND VAN<br/>TEKORTKOMING IN HET NEDERLANDS WETTELIJK STELSEL .....</b> | <b>6</b>  |
| 1.1 INLEIDING .....                                                                                                         | 6         |
| 1.2 PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS VAN ART. 6:265 BW .....                                                                      | 6         |
| 1.3 HET RECHT OP ONTBINDING WEGENS TEKORTKOMING IN DE NAKOMING .....                                                        | 7         |
| 1.4 DE AARD EN BETEKENIS VAN DE TEKORTKOMING ALS GROND VOOR ONTBINDING .....                                                | 15        |
| 1.5 DE HEERSENDE LEER .....                                                                                                 | 23        |
| <b>HOOFDSTUK 2: ONTBINDING VAN EEN OVEREENKOMST IN HET WEENS<br/>KOOPVERDRAG .....</b>                                      | <b>25</b> |
| 2.1 INLEIDING .....                                                                                                         | 25        |
| 2.2 RECHT VAN ONTBINDING ( <i>AVOIDANCE</i> ) VOLGENS ARTIKEL 49 EN 64 CISG .....                                           | 26        |
| 2.3 WEZENLIJKE TEKORTKOMING ('FUNDAMENTAL BREACH OF CONTRACT') VOLGENS ART. 25<br>CISG .....                                | 29        |
| 2.4 TER VERGELIJKING: DE ONTBINDINGSBEVOEGDHEID VOLGENS UNIDROIT, PECL EN DCFR32                                            |           |
| 2.5 TUSSENCONCLUSIE .....                                                                                                   | 34        |
| <b>HOOFDSTUK 3: ONTBINDING VAN EEN OVEREENKOMST OP GROND VAN<br/>TEKORTKOMING IN HET ENGELSE RECHTSSTELSEL .....</b>        | <b>36</b> |
| 3.1 INLEIDING .....                                                                                                         | 36        |
| 3.2 <i>TERMS OF A CONTRACT</i> .....                                                                                        | 36        |
| 3.3 ONTBINDING ( <i>REPUDIATION</i> ) OP GROND VAN <i>BREACH OF CONTRACT</i> .....                                          | 37        |
| 3.4 TUSSENCONCLUSIE .....                                                                                                   | 39        |
| <b>CONCLUSIE .....</b>                                                                                                      | <b>40</b> |
| <b>AANGEHAALDE LITERATUUR .....</b>                                                                                         | <b>43</b> |
| <b>AANGEHAALDE DIGITALE BRONNEN .....</b>                                                                                   | <b>45</b> |
| <b>RECHTSPRAAKREGISTER .....</b>                                                                                            | <b>46</b> |

## Inleiding

Begin 2010 bestelt de Duitse onderneming O. een partij van 2600 stepscooters bij het Nederlandse bedrijf B. Enige tijd later vordert O. een verklaring voor recht dat de koopovereenkomst is ontbonden.

Zij stelt daartoe dat B. toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de koopovereenkomst, aangezien de stepscooters gebreken vertoonden ten aanzien van de kwaliteit, uitvoering, technische eigenschappen en veiligheidseisen. Ook de stickers met de maximale belastbaarheid van de stepscooter ontbraken. Wederpartij B. stelt zich op het standpunt dat O. de overeenkomst niet kan ontbinden. Zij betwist dat de stepscooters de gestelde gebreken vertoonden en voert aan dat zij niet is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst. Verder zou O. haar niet op rechtsgeldige wijze in gebreke hebben gesteld, zodat zij niet in verzuim is geraakt. Tenslotte stelt B. dat, voor zover O. er al in zou slagen te bewijzen dat de stepscooters één of meer van de gestelde gebreken vertoonden, de gestelde tekortkomingen de ontbinding niet rechtvaardigen.<sup>1</sup>

Het gaat in deze zaak om een koopovereenkomst betreffende roerende zaken tussen partijen gevestigd in verschillende staten die beide bij het Weens Koopverdrag (CISG) zijn aangesloten, derhalve is dit verdrag automatisch van toepassing (art.1 lid 1 sub a CISG).<sup>2</sup>

De rechtbank beoordeelde of ontbinding van de overeenkomst door O. gerechtvaardigd was aan de hand van art. 49 CISG, dat bepaalt dat de koper de overeenkomst kan ontbinden als de verkoper tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen indien die tekortkoming een *wezenlijke* tekortkoming oplevert. Volgens het Weens Koopverdrag (art. 25 CISG) is een tekortkoming wezenlijk als zij tot zodanige schade voor de andere partij leidt, dat haar in aanmerkelijke mate wordt onthouden wat zij uit hoofde van de overeenkomst mag verwachten, waarbij deze schade voor de tekortschietende partij redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn.

In de onderhavige zaak was de rechtbank van oordeel dat de belastbaarheid van de stepscooters een wezenlijke tekortkoming vormde als bedoeld in artikel 25 van het Weens Koopverdrag. "(...) het gaat erom wat partijen ten aanzien van de belastbaarheid van de stepscooters met elkaar zijn overeengekomen en of de stepscooters op dat punt aan de overeenkomst beantwoorden", aldus de rechtbank.<sup>3</sup> In hoger beroep oordeelde

---

<sup>1</sup> Rb. Arnhem 23 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7459.

<sup>2</sup> Weens Koopverdrag, voluit: United Nations Convention on the International Sale of Goods.

<sup>3</sup> Rb. Arnhem 23 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7459: "De overeengekomen belastbaarheid is door het ontbreken van de overeengekomen sticker niet gegarandeerd. Daarmee is aan O. in aanmerkelijke mate onthouden wat zij uit hoofde van de overeenkomst mocht verwachten, terwijl de schade die daaruit voortvloeit

het hof Arnhem-Leeuwarden echter dat het gebrek een ondergeschikt punt van de overeenkomst betrof, iets wat eenvoudig kon worden hersteld. In casu was ontbinding, aldus het hof, dan ook niet gerechtvaardigd.<sup>4</sup>

Deze zaak is interessant omdat de rechtbank en het hof op duidelijk verschillende gronden tot hun oordeel zijn gekomen. Gerechtshof en rechtbank hanteren een ander uitgangspunt met betrekking tot de ontbindingsbevoegdheid van het Weens Koopverdrag en geven daarnaast een andere uitleg van het begrip wezenlijke tekortkoming.

De eis dat een tekortkoming in de nakoming wezenlijk moet zijn om ontbinding van een overeenkomst te kunnen rechtvaardigen, wordt in het Nederlandse rechtstelsel niet gesteld. De bevoegdheid tot ontbinding is in het Burgerlijk Wetboek als volgt omschreven <sup>5</sup>:

**Art. 6:265 lid 1 BW**

Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding niet rechtvaardigt.

De uitleg van de 'tenzij-bepaling' van art. 6:265 lid 1 BW en daarmee de reikwijdte van de ontbindingsbevoegdheid zijn al lange tijd onderwerp van discussie.

Als in principe *iedere* tekortkoming ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, is de vraag in welke gevallen er dan sprake is van uitzondering op de regel, met andere woorden, wanneer een tekortkoming als een tekortkoming van bijzondere aard of geringe betekenis wordt gekwalificeerd.

Het Nederlandse privaatrecht wordt gekenmerkt door een systeem van open normen. De redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden van het geval spelen een belangrijke rol bij de uitleg van een verbintenis.

Centraal in deze scriptie staan de reikwijdte van de ontbindingsbevoegdheid en de beantwoording van de vraag, welke gezichtspunten in het Nederlandse rechtstelsel

---

voor B. redelijkerwijs voorzienbaar was." De meegeleverde verpakking was namelijk de standaardverpakking van de leverancier waarop een andere maximale belastbaarheid stond vermeld dan was overeengekomen voor de aangepaste stepscooters die waren besteld.

<sup>4</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6781: "De (vermelding op de) sticker betreft een ondergeschikt punt van de overeenkomst en van het door B. te leveren produkt. Het verzuim deze stickers mee te leveren of de stepscooters van een dergelijke sticker te voorzien, leent zich voor eenvoudig herstel. Dat op de meegeleverde verpakking een maximale belastbaarheid van 100 kg stond vermeld, maakt dit niet anders. (...), door de enkele omstandigheid dat de stepscooters bij levering niet waren voorzien van de afgesproken sticker, is O. niet in aanmerkelijke mate onthouden wat zij uit hoofde van de overeenkomst mocht verwachten. Dit gebrek betreft dan ook geen wezenlijke tekortkoming die algehele ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt."

<sup>5</sup> Ontbinding is één van de remedies die de schuldeiser ter beschikking staan indien de schuldenaar zijn of haar verplichtingen van de overeenkomst niet of gebrekkig nakomt. Als alternatief kan de schuldeiser alsnog nakoming van de overeenkomst eisen, mits dat niet blijvend onmogelijk is geworden. Hij kan ook (omzetting tot een verbintenis tot) een vervangende schadevergoeding vorderen. Voor wat betreft nakoming als remedie, zij verwezen naar afdeling 6.1.6 BW; de vereisten voor schadevergoeding staan beschreven in afd. 6.1.9 BW. Zie De Jong 2006, p. 1-3.

worden gehanteerd om te beoordelen of een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst van zodanige aard of betekenis is, dat zij ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt. Met andere woorden, onder welke omstandigheden is een tekortkoming ernstig genoeg om een overeenkomst wegens tekortkoming in de nakoming te kunnen ontbinden?

Om deze vraag te beantwoorden zijn in de eerste plaats de theorieën over de ontbindingsbevoegdheid die in de loop der jaren in de rechtsliteratuur zijn ontwikkeld, onderzocht. Daarnaast heb ik voor mijn onderzoek de relevante arresten van de Hoge Raad vanaf 1992, het jaar waarin het Nieuw Burgerlijk Wetboek is ingevoerd, bestudeerd.<sup>6</sup>

Rechtsvergelijkend onderzoek naar het rechtsmiddel van de ontbinding levert interessante inzichten op over de toepassing van de ontbindingsbevoegdheid en meer in het bijzonder over de criteria die (kunnen) worden gehanteerd om te beoordelen of een tekortkoming in de nakoming in een concreet geval ontbinding van een overeenkomst rechtvaardigt.

Mijn onderzoek ter beantwoording van de probleemstelling valt in drie delen uiteen.

Hoofdstuk 1 behandelt de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:265 BW in het Nederlandse rechtstelsel.

Na behandeling van de parlementaire geschiedenis in paragraaf 1.2 wordt eerst besproken welke positie het recht op ontbinding als remedie binnen het Nederlandse rechtstelsel vervult (1.3). Vervolgens komt de vraag aan de orde, welke voorwaarden en omstandigheden bepalend zijn voor de beoordeling, of een tekortkoming in de nakoming de ontbinding van een overeenkomst rechtvaardigt (1.4). In paragraaf 1.5 wordt de heersende leer weergegeven.

Mijn onderzoek beperkt zich tot koopovereenkomsten roerende zaken in het zakelijk handelsverkeer ('B2B-kooptransacties'). De ontbinding van consumentenkoop (art. 7:22 BW) zal in deze scriptie niet worden besproken. In verband met de afbakening van het onderzoek zal ik in deze scriptie ook niet nader ingaan op de onderwerpen verzuim en ingebrekestelling.<sup>7</sup>

Vervolgens wordt aandacht besteed aan de ontbindingsbevoegdheid vanuit internationaalrechtelijke invalshoek.

In Hoofdstuk 2 worden de regels en voorwaarden voor het ontbinden van internationale handelstransacties volgens het Weens Koopverdrag, voluit United Nations Convention on

---

<sup>6</sup> Dit startpunt is puur gekozen omwille van de praktische afbakening van de bestudeerde jurisprudentie. Ik realiseer me terdege dat er geen sprake is van een harde grens tussen de jurisprudentie van voor en na invoering van het (Nieuw) Burgerlijk Wetboek.

<sup>7</sup> De bevoegdheid tot ontbinding uit hoofde van art. 6:265 lid 1 BW ontstaat pas wanneer de schuldenaar in verzuim is, tenzij nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is (art. 6:265 lid 2 BW). De vereisten voor ontbinding en schadevergoeding lopen in de meeste situaties parallel, aldus De Jong 2006, p. 2. Ook Asser/Sieburgh 2016 (6-I) 380; Van Boom 2016, art. 6:265 BW.

the International Sale of Goods (afgekort: CISG), besproken. Eerst wordt het recht van ontbinding in het CISG behandeld en onderzocht op welke punten deze van de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:265 BW verschilt (2.2). Vervolgens wordt dieper ingegaan op het begrip *fundamental breach of contract* dat als voorwaarde wordt gesteld voor het recht op ontbinding en worden de verschillen met de beoordelingscriteria van het Nederlandse rechtstelsel besproken (2.3). Vervolgens komen in paragraaf 2.4 ter vergelijking de Principles of European Contract Law (PECL), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT) en de Draft Common Frame of Reference (DCFR) aan de orde en volgt een tussenconclusie (2.5).

Hoofdstuk 3 is gewijd aan het recht van ontbinding in het Engelse rechtstelsel. Besproken worden de voor het contractenrecht relevante *terms of contract* (3.2) en de voorwaarden voor ontbinding op grond van *breach of contract* (3.3). Paragraaf 3.4 geeft een tussenconclusie.

Afgesloten wordt met een eindconclusie: hoe moeten de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:265 lid 1 BW en de voorwaarden die hierbij worden gehanteerd om in een concreet geval te bepalen of ontbinding wegens een tekortkoming gerechtvaardigd is, worden beoordeeld, zowel vanuit het perspectief van het Nederlandse recht als vanuit het internationale perspectief?

# **Hoofdstuk 1: Ontbinding van een overeenkomst op grond van tekortkoming in het Nederlands wettelijk stelsel**

## **1.1 Inleiding**

In dit eerste hoofdstuk wordt besproken welke positie het recht op ontbinding als remedie binnen het Nederlandse rechtstelsel vervult, en aan de hand van welke criteria wordt bepaald of een tekortkoming in de nakoming de ontbinding van een overeenkomst rechtvaardigt. Waarop wordt met de 'bijzondere aard' en 'geringe betekenis' van de tekortkoming gedoeld in de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW?

Om deze vraag te beantwoorden bespreek ik in de volgende paragraaf (1.2) eerst de Parlementaire Geschiedenis van art. 6:265 lid 1 BW. Vervolgens behandel ik tegen de achtergrond van de bestudeerde rechtsliteratuur en relevante jurisprudentie twee deelonderwerpen: de positie van de ontbindingsbevoegdheid als één van de remedies die de schuldeiser ter beschikking staan in geval van tekortkoming in de nakoming (1.3) en de criteria die worden gehanteerd om de ernst van de tekortkoming in de nakoming te beoordelen als grond voor ontbinding (1.4). De laatste paragraaf bevat een korte schets van de heersende leer (1.5).

## **1.2 Parlementaire geschiedenis van art. 6:265 BW**

In 1992 is het Burgerlijk Wetboek herzien en met de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek is onder andere een aantal wijzigingen met betrekking tot de ontbinding van overeenkomsten geïntroduceerd.

Met de aanpassingen werd beoogd meer eenvoud, overzichtelijkheid en (rechts)zekerheid in het stelsel te brengen. Dit werd nodig geacht omdat de rechtsregels, destijds af te leiden uit artikelen 1302 en 1303 BW (oud), in de rechtspraak gezocht moeten worden.<sup>8</sup>

Voor ontbinding van de overeenkomst is, anders dan in het oude stelsel, een schriftelijke verklaring van de schuldeiser noodzakelijk en is behoudens gecompliceerde gevallen geen rechterlijke tussenkomst vereist. Naast algehele ontbinding bestaat nu ook de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding.<sup>9</sup>

Een belangrijke aanpassing is verder dat ontbinding in principe geen terugwerkende kracht heeft (tenzij bij rechterlijke ontbinding zo bepaald) om de teleurgestelde crediteur niet te laten wachten op ontbinding en "opdat telkens opnieuw geheel onverwachte en ongewenste consequenties" zo veel mogelijk voorkomen kunnen worden.<sup>10</sup> De gedachte hierbij is dat partijen elkaar na ontbinding van de overeenkomst "zo goed als praktisch

---

<sup>8</sup> PG Boek 6, p. 1001; voor 1302 BW oud): Asser/ Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nrs. 667-668.

<sup>9</sup> De wijzen van ontbinding (schriftelijke verklaring of vordering door de rechter) zijn beschreven in art. 6:267 BW. Over de gedeeltelijke ontbinding art. 6:270 BW.

<sup>10</sup> Art. 6:269 BW.

doenlijk" in de vorige toestand terugbrengen.<sup>11</sup> De wederpartij heeft nu ook bij niet-toerekenbare tekortkoming de mogelijkheid door ontbinding bevrijd te worden van haar eigen prestatieplicht. Ook hiermee wordt beoogd een einde te maken aan de onzekerheid van de crediteur in geval van een tekortkoming in de nakoming door de wederpartij. Het is echter niet de bedoeling dat bijvoorbeeld elke kleine vertraging in de nakoming tot ontbinding kan leiden; indien deze van geringe betekenis of onvoldoende belang is, is ontbinding uitgesloten. Dit hangt af van de omstandigheden, "in de eerste plaats hiervan, in hoeverre zij de belangen van de schuldeiser schaadt".<sup>12</sup>

De parlementaire geschiedenis is stellig over de betekenis van de tenzij-bepaling: "Men blijve zich echter steeds ervan bewust dat de hier besproken zinsnede een uitzonderingsbepaling is, en dat vooral de gevallen waarin de bijzondere aard van de tekortkoming of de buitengewoon ingrijpende gevolgen van een ontbinding de doorslag geven tot een uitsluiting van de ontbinding, vrij zeldzaam zijn. Daarbij moet meewegen dat het voor de rechtszekerheid van groot belang is dat verklaringen tot ontbinding niet te spoedig nietig worden verklaard. In het algemeen moet de teleurgestelde crediteur erop kunnen rekenen dat hij recht op ontbinding heeft."<sup>13</sup>

Hoofregel is dus het recht op ontbinding, waarbij rechtszekerheid, overzichtelijkheid en duidelijkheid voor de teleurgestelde schuldeiser centraal staan. De keuze voor dit stelsel is volgens de parlementaire geschiedenis ingegeven "door de indruk dat de praktijk in Nederland daarvoor een voorkeur heeft".<sup>14</sup> Mogelijk speelt in breder perspectief ook een rol dat er in de naoorlogse jaren meer in het algemeen sprake was van een roep om grotere rechtszekerheid.<sup>15</sup> Belangrijk is wel te vermelden dat "het stelsel slechts is aanvaard in het vertrouwen dat de rechter niet zal schromen gebruik te maken van de hem in de wet geboden middelen om het, waar zulks nodig mocht blijken, te corrigeren."<sup>16</sup>

### **1.3 Het recht op ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming**

#### **1.3.1 Opvattingen over de reikwijdte van de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:265 lid 1 BW in de literatuur**

Over het recht op ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming van een verbintenis zijn in de literatuur sinds 1992 diverse dissertaties verschenen. Hierin zijn globaal twee stromingen waar te nemen: een groep auteurs die het wettelijke uitgangspunt van de

---

<sup>11</sup> PG Boek 6, pp. 1002-1003; voor verschillen NBW-OBW: ook : Asser/ Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 669.

<sup>12</sup> PG Boek 6, p. 1004.

<sup>13</sup> PG Boek 6, p. 1005-1006.

<sup>14</sup> PG Boek 6, p. 255.

<sup>15</sup> PG Boek 6, p. 3.

<sup>16</sup> PG Boek 6, p. 255.



ontbindingsbevoegdheid volgt, en een stroming die dit uitgangspunt betwist en een beperking van de hoofdregel van het recht op ontbinding bepleit.<sup>17</sup>

Tot de representanten van de eerste denkrichting behoort onder anderen De Vries, die de ontbinding een unieke rol toekent in het arsenaal van rechtsmiddelen dat de teleurgestelde crediteur ter beschikking staat en deze bestempelt als “de enige sanctie die voorkomt dat hij met de tekortschietende debiteur blijft opgezadeld.”<sup>18</sup>

Hartkamp en Sieburgh onderschrijven eveneens het wettelijke uitgangspunt van ontbinding als hoofdregel. Zij plaatsen vraagtekens bij de stelling dat overeenkomsten zo lang mogelijk in stand dienen te worden gehouden. Hun voornaamste argument tegen de relativering van het ontbindingsrecht is dat hiermee afbreuk wordt gedaan aan de (rechts)zekerheid van de schuldeiser, in het bijzonder in het handelsverkeer.<sup>19</sup>

De uitgangspunten van de wettelijke hoofdregel zijn in paragraaf 1.2 al aan de orde geweest. Om die reden zal hier hoofdzakelijk worden stilgestaan bij de opvattingen van de vertegenwoordigers van de tweede stroming, de ‘moderne benadering’, van wie Bakels, Hartlief en Stolp zullen worden besproken.

#### **a) Ontbinding als *ultimum remedium* (Bakels)**

De eerste benadering wordt vertegenwoordigd door Bakels. In zijn dissertatie uit 1993 stelt Bakels het behoud van de overeenkomst als uitgangspunt (conform het beginsel *pacta sunt servanda*) en acht ontbinding slechts in uitzonderingsgevallen toelaatbaar, waarbij hij ook de sociaal-maatschappelijke kanten van de problematiek benadrukt, meer in het bijzonder het evenwicht tussen het recht op zelfbeschikking en het nastreven van het eigen belang enerzijds en de plicht tot sociaal gedrag anderzijds. “Algemeen aanvaard is heden ten dage, dat men zijn handelen binnen redelijke grenzen mede dient te laten bepalen door de belangen van derden-betrokkenen”.<sup>20</sup>

Vraag is of het “op destructie gerichte middel van de algehele ontbinding” hieraan bijdraagt. Het antwoord van Bakels hierop luidt ontkennend.<sup>21</sup> Ontbinding is in de regel het meest ingrijpende rechtsmiddel en dient met terughoudendheid te worden toegepast. Bakels bepleit een duidelijke beperking van de ontbindingsbevoegdheid waarbij hij voorstelt een vuistregel te hanteren die is gebaseerd op het beginsel van het ‘redelijk alternatief’.

Indien er voor de schuldeiser andere juridische wegen openstaan (bijvoorbeeld opschorting, aanvullende / vervangende schadevergoeding, of eventueel gedeeltelijke ontbinding) of indien er voor de schuldenaar door de ontbinding onnodig nadeel wordt

---

<sup>17</sup> Zie Stolp 2007 p. 122-136 voor een uitvoerige bespreking.

<sup>18</sup> De Vries 1997, p. 146.

<sup>19</sup> Asser/ Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 685.

<sup>20</sup> Bakels 1993, p. 33.

<sup>21</sup> Bakels 1993, p. 21.

veroorzaakt, dan moet de ontbindingsbevoegdheid aan voorwaarden worden gebonden, beperkt of zelfs uitgesloten. “Redelijkheid en billijkheid vergen tot op zekere hoogte van de schuldeiser dat hij op een tekortkoming van de schuldenaar reageert op de wijze, die voor de ander het minst bezwarend is. Weliswaar staat het de schuldeiser vrij zijn eigen belangen voorop te stellen, maar het staat hem niet vrij de belangen van de schuldenaar geheel te verwaarlozen.”<sup>22</sup>

Bij de belangenafweging in concrete gevallen is volgens Bakels een viertal gezichtspunten van belang voor het beoordelen van de gerechtvaardigheid van de ontbinding: 1) de wederzijdse belangen van partijen, i.e. de schade die de schuldenaar lijdt versus het belang van de schuldeiser dat gediend wordt bij ontbinding, en eventuele mitigerende maatregelen; 2) het voortbestaan van vertrouwen tussen partijen, dat wil zeggen de houding van de schuldenaar en zijn eventuele herstelpogingen, alsmede de mate van verwijtbaarheid van de tekortkoming; 3) ernst van de tekortkoming en het gewicht van de niet nagekomen prestatie, bezien in het totale contractuele kader; 4) de bij het treffen van maatregelen vereiste spoed.<sup>23</sup>

#### **b) Structurele uitzonderingen op het recht op ontbinding (Hartlief)**

Representant van een andere stroming is Hartlief die in 1994 zijn proefschrift aan het onderwerp ontbinding wijdde. Hartlief verdedigt een iets genuanceerder standpunt met betrekking tot de ontbindingsbevoegdheid.

Het wettelijk stelsel gaat dus in principe uit van de bevoegdheid tot ontbinding, aldus Hartlief: “Ondanks de relativeringen (...) is het uitgangspunt dat de crediteur recht heeft op ontbinding, overeind gebleven. Dit uitgangspunt brengt met zich mee, dat de rechter een zekere mate van terughoudendheid in acht moet nemen bij de beantwoording van de vraag of ontbinding gerechtvaardigd is (...)”.

De praktijk laat echter zien, dat er sprake is van enkele structurele uitzonderingen op het uitgangspunt van recht op ontbinding, die zich voordoen als er “bijzondere betekenis toekomt aan het belang dat de tekortschietende partij heeft bij voortzetting van de contractuele relatie”.<sup>24</sup> In dergelijke gevallen dient de voorkeur te worden gegeven aan andere rechtsmiddelen boven die van ontbinding. Voorbeelden van dergelijke overeenkomsten betreffen huur, pacht, arbeidsovereenkomsten en huurkoop bij onroerende zaken. Ten aanzien van de ernst van de wanprestatie worden in deze gevallen over het algemeen strenge eisen gesteld, omdat beëindiging van de

---

<sup>22</sup> Bakels 1993, p. 260 e.v.; Bakels 2011 p. 83 ev.

<sup>23</sup> Bakels 1993, p. 277 e.

<sup>24</sup> Hartlief 1994, p. 94 en p. 184.

overeenkomst voor de tekortschietende partij belangrijke consequenties zoals verlies van woonruimte of van werk zouden kunnen betekenen.<sup>25</sup>

Verder leidt algehele ontbinding in veel gevallen tot problemen met betrekking tot de ongedaanmakingsverplichting. Bij duurovereenkomsten bijvoorbeeld kan een terugkeer naar de oude toestand praktisch niet worden bewerkstelligd. Het wettelijk stelsel van recht op (algehele) ontbinding is in de praktijk slechts hanteerbaar als in het geheel niet is nagekomen, of als ongedaanmaking mogelijk is en het gepresteerde kan worden terug geleverd.<sup>26</sup> Ontbinding, aldus Hartlief, zou alleen mogelijk moeten zijn wanneer zij een reële optie is: de prestatie is voor restitutie vatbaar, of ze is niet voor restitutie vatbaar, maar ook nog niet verricht, of zo ondeugdelijk verricht dat ze als niet nagekomen moet worden beschouwd, en de ontbinding heeft alleen gevolgen voor de toekomst. Daarnaast moet er sprake zijn van een *wezenlijke* tekortkoming. Hierbij lijkt door Hartlief aansluiting te worden gezocht bij de voorwaarden voor ontbinding zoals deze bijvoorbeeld in het Weens Koopverdrag worden gehanteerd. Op het begrip tekortkoming zal in paragraaf 1.4 nog afzonderlijk worden ingegaan.

### **c) Nakoming is de primaire remedie: beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit (Stolp)**

Bijna 15 jaar na de publicatie van de dissertaties van Bakels en Hartlief promoveerde ook Stolp op het onderwerp ontbinding.

Het standpunt van Stolp is dat het huidige geldende recht waaronder een schuldeiser volledige vrijheid heeft bij de keuze en toepassing van rechtsmiddelen, in strijd is met de systematiek van de wet. In haar opvatting is er sprake van een rangorde van remedies die zijn gebaseerd op de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. In de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1 BW komt het evenredigheidsbeginsel tot uitdrukking.<sup>27</sup>

Bij het uitoefenen van bevoegdheden dient men steeds rekening te houden met de belangen van anderen. De schuldeiser zou moeten kiezen voor de minst ingrijpende remedie (externe subsidiariteit) en deze op minst ingrijpende wijze moeten uitvoeren (interne subsidiariteit). Vervolgens dient getoetst te worden of er geen onevenredigheid bestaat tussen het met het rechtsmiddel te dienen belang en het daarmee te schaden belang (proportionaliteit).<sup>28</sup>

Aldus redenerend staat nakoming van de overeenkomst in principe voorop en is de remedie van ontbinding (evenals die van de schadevergoeding) subsidiair aan nakoming. Ontbinding mag als remedie pas in beeld komen als nakoming niet haalbaar is gebleken.

---

<sup>25</sup> Hierbij verwijst Hartlief (op p. 184) met name naar de bepalingen uit boek 7 aangaande consumentenkoop die ik omwille van de afbakening van deze scriptie niet nader bespreek. Wel zie ik een parallel tussen het daar beschreven getrapte stelsel van remedies en de leer van het redelijk alternatief van Bakels. Op dit punt ontlopen beide benaderingen elkaar nauwelijks. Zie ook Bakels 2011, p. 87.

<sup>26</sup> Hartlief 1994, p. 187-197 en p. 204.

<sup>27</sup> Stolp 2007, p. 203.

<sup>28</sup> Stolp 2007, p. 6-8. Zie ook het artikel van Visscher 2007.

### 1.3.2 Jurisprudentie over de reikwijdte van de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:265 lid 1 BW

Daar waar in de rechtsliteratuur de opvattingen over de reikwijdte van de ontbindingsbevoegdheid uiteenlopen, komt uit de jurisprudentie sinds 1992 tot nu toe een consistent beeld naar voren.

In verschillende arresten benadrukt de Hoge Raad de regel, dat in beginsel iedere tekortkoming in de nakoming ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt en dat de schuldeiser vrij is in zijn keuze voor deze remedie, tenzij de tekortkoming te weinig ernstig van aard of betekenis is om de ontbinding te rechtvaardigen.

Het arrest *Tromp/Regency* is het eerste arrest dat deze regel bevestigt. Het betreft in deze zaak de ontbinding van een koopovereenkomst van roerende goederen door de verkopende partij. De koper, Regency, bestrijdt de ontbinding en stelt zich op het standpunt dat de wederpartij zich van een minder vergaand alternatief dan ontbinding van de overeenkomst had moeten bedienen. De Hoge Raad overweegt als volgt: "Indien wanprestatie van een contractspartij van dien aard is dat zij naar dat recht in beginsel ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, heeft de partij jegens wie deze wanprestatie is gepleegd, de keuze tussen de hem, mede als gevolg van die wanprestatie, ten dienste staande bevoegdheden en brengt geen regel van dat recht mee dat van ontbinding zou behoren te worden afgezien op de enkele grond dat de schuldeiser door een alternatief — bij voorbeeld nakoming met schadevergoeding — niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren, laat staan dat de rechter deze mogelijkheid ambtshalve zou dienen te onderzoeken".<sup>29</sup>

Met andere woorden, de ontbindingsbevoegdheid staat op één lijn met de andere remedies en dient niet 'te wijken voor een minder vergaand alternatief'. Het staat de schuldeiser dus vrij te kiezen uit de hem ter beschikking staande remedies, waarbij geen sprake is van 'voorrang' van alternatieven boven het rechtsmiddel van ontbinding.

Het wettelijke uitgangspunt wordt enkele jaren later bevestigd in het arrest *De Bruin/Meiling* waarin het geschil de huur van een bedrijfsruimte betreft: "Er bestaat geen goede grond voor de huur van bedrijfsruimte af te wijken van de algemene regels voor ontbinding van de overeenkomst wegens tekortschieten in de nakoming daarvan, te weten dat wanprestatie in de regel ontbinding wettigt, (...) alsmede dat de rechter bij de beoordeling van de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is om de ontbinding te rechtvaardigen, rekening moet houden met alle omstandigheden van het geval".<sup>30</sup> Tevens wordt benadrukt dat het aan de schuldenaar is om aan te tonen dat de

---

<sup>29</sup> HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160.

<sup>30</sup> HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197, r.o. 3.4

wanprestatie zo weinig ernstig van aard of betekenis is dat de vordering tot ontbinding niet gerechtvaardigd is en moet worden afgewezen.<sup>31</sup>

Een jaar later geeft de Hoge Raad in *Twickler/R.* een belangrijke toelichting op de hoofdregel.<sup>32</sup> De verweerder in deze zaak exploiteert een snackbar op een van de eiser gehuurd deel van een marktterrein. In het schriftelijk vastgelegde contract tussen partijen is uitdrukkelijk bepaald dat de huurder zich verplicht de exploitatie op het gehuurde zodanig uit te oefenen, dat niet in strijd wordt gehandeld met enige wet, verordening of ander overheidsvoorschrift. De huurder wordt tweemaal wegens overtreding van de Warenwet veroordeeld en de verhuurder ontbindt de huurovereenkomst wegens de structureel onhygiënische toestand op het gehuurde terrein en andere tekortkomingen in de nakoming.

De rechtbank was in deze zaak van oordeel dat “de wijze waarop vervolgens de exploitatie heeft plaatsgevonden raakt niet direct de kern van de overeengekomen prestatie en schending van een contractuele bepaling dienaangaande levert niet zonder meer een ontbinding rechtvaardigende wanprestatie op. (...).”

De Hoge Raad overwoog dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of de tekortkoming van de wederpartij van degene die de ontbinding nastreeft, gezien de bijzondere aard van deze tekortkoming of de geringe betekenis ervan, de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt, rekening dient te houden met alle omstandigheden van het geval. Ook de aard en de betekenis van het beding in de naleving waarvan de partij tegen wie de ontbinding is gericht, is tekortgeschoten, zal bij deze beoordeling moeten worden betrokken.

Het is echter onjuist om hierbij onderscheid te maken tussen (1) bedingen die de kern van de overeengekomen prestatie betreffen en (2) niet-kernbedingen:

“Naar het oordeel van de Rechtbank levert niet-naleving van tot de eerste categorie behorende bedingen in beginsel grond op voor ontbinding van de overeenkomst. Niet-naleving van tot de tweede categorie behorende bedingen kan naar het oordeel van de Rechtbank alleen dan tot ontbinding leiden, indien het belang bij ontbinding van de overeenkomst van de partij die de ontbinding nastreeft, zwaarder weegt dan het belang van zijn wederpartij bij instandhouding ervan. (...) Voor het op voorhand maken van een onderscheid van in een overeenkomst opgenomen beding en een verdeling van de stelplicht en bewijslast als door de Rechtbank is aangenomen, biedt art. 6:265 lid 1 echter geen grond. Volgens deze bepaling geeft immers iedere tekortkoming van een

---

<sup>31</sup> Bakels stelt in zijn latere werk dat stelplicht en bewijslast t.a.v. onder andere tekortkoming ed. in beginsel op de schuldeiser liggen. Zie Bakels 2011, p. 79.

<sup>32</sup> HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208.

partij in de nakoming van een van haar verbintenissen in beginsel aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden.”<sup>33</sup>

Ook in het kort daarna gewezen arrest *Mol/Meijer Beheer*<sup>34</sup> wordt het uitgangspunt van het recht om te ontbinden gehandhaafd. De Hoge Raad verwerpt het beginsel van het redelijk alternatief en benadrukt dat er geen grond is de bevoegdheid tot ontbinding verder te beperken dan in art. 6:265 lid 1 is voorzien.<sup>35</sup> Van groot belang in dit arrest is de vaststelling dat voor de vraag of de bevoegdheid tot ontbinding bestaat, niet beslissend is of ongedaanmaking — in de zin van teruggave van de zaak in dezelfde staat — (nog) mogelijk is. Deze opvatting staat haaks op de benadering van Hartlief.

Voor de bevoegdheid tot ontbinding van een overeenkomst is verder ook niet vereist dat de tekortkoming schade of andere ernstige gevolgen heeft veroorzaakt. Dit blijkt uit de conclusie in een arrest over ontbinding van de huurovereenkomst door een bierbrouwerij: “de enkele omstandigheid dat de Rechtbank niet heeft vastgesteld dat de tekortkoming van de Brouwerij ernstige gevolgen heeft gehad staat (...) niet eraan in de weg dat die tekortkoming grond voor ontbinding kan zijn.”<sup>36</sup>

Vermeldenswaardig is verder nog het arrest *Fisser/Tycho*. Hierin wordt wederom bevestigd dat de ontbindingsbevoegdheid regel is en afwijking hiervan als een uitzondering geldt, maar wordt ook uitgesproken dat daar waar het om een tekortkoming in de nakoming van een voortdurende verplichting gaat, verzuim geen vereiste is voor ontbinding van de overeenkomst.<sup>37</sup>

Ook in recente arresten wordt de hierboven geschetste lijn van het wettelijke uitgangspunt van de ontbindingsbevoegdheid voortgezet. Een tweetal arresten van zeer recente datum illustreert dit.

In een zaak aangaande de ontbinding van de huurovereenkomst van bedrijfsruimte door de verhuurder wegens een huurachterstand van meer dan een jaar had het hof het uitgangspunt dat iedere tekortkoming in de nakoming in beginsel ontbinding van de

---

<sup>33</sup> HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208, r.o. 3.4.3 en 3.4.4. Onderscheid tussen verschillende soorten bedingen wordt wel gemaakt in het Engelse rechtstelsel (*conditions*, *warranties* en *intermediate terms*), waarover in hoofdstuk 3 meer.

<sup>34</sup> HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562.

<sup>35</sup> Sub 3.4: “Het eerste onderdeel van het middel berust kennelijk op de stelling dat naar huidige rechtsopvattingen van de mogelijkheid van ontbinding van een overeenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis een terughoudend gebruik moet worden gemaakt in dier voege, dat ook indien zich niet het geval voordoet dat wegens de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming — als bedoeld in art. 6:265 lid 1 BW — ontbinding ongerechtvaardigd is, het de schuldeiser niet vrijstaat te kiezen voor ontbinding van de overeenkomst wanneer aan hem een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres ter beschikking staat. Deze stelling kan niet als juist worden aanvaard, zodat het onderdeel faalt.”

<sup>36</sup> HR 9 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9965 (*Brouwerij*), r.o. 3.7

<sup>37</sup> HR 22 juni 2007, NJ 2007, 343. De redenering is dat deze tekortkoming weliswaar in de toekomst alsnog nog kan worden nagekomen, maar dat daarmee de tekortkoming in het verleden niet ongedaan wordt gemaakt “en wat deze tekortkoming betreft is nakoming dan ook niet meer mogelijk.” Voor het ontstaan van een verbintenis tot het vergoeden van schade die voortvloeit uit een tekortkoming in een voortdurende verplichting, geldt evenzeer dat geen verzuim vereist is omdat de nakoming in zoverre blijvend onmogelijk is. Zie ook het artikel over dit arrest van Den Hoed 2007.

overeenkomst rechtvaardigt, verdedigd. De Hoge Raad verwierp in cassatie het beroep van de huurder.<sup>38</sup> In de conclusie van A/G Wissink bij dit vorig jaar gewezen arrest –dat ik gemakshalve met de naam *Staedion* aanduid- werd uitgebreid ingegaan op het vraagstuk van de bevoegdheid tot ontbinding:<sup>39</sup>

“3.2.2 Over de wijze waarop de ontbindingsbevoegdheid moet worden ingekaderd is het nodige te doen. De huidige stand van zaken komt er, kort gezegd, op neer dat de beoordeling of de (keuze van de schuldeiser voor) ontbinding gerechtvaardigd is – aangenomen dat overigens aan de daarvoor geldende vereisten is voldaan – in beginsel moet plaatsvinden aan de hand van de in art. 6:265 lid 1 bedoelde tenzij-bepaling. De schuldenaar moet dit verweer gemotiveerd invoeren. (...)”

3.4.1 Aan de rechtspraak van Uw Raad – waaruit blijkt dat nuancering van het wettelijke uitgangspunt dat de schuldeiser bij ‘iedere tekortkoming’ bevoegd is tot ontbinding, in beginsel moet plaatsvinden aan de hand van de tenzij-bepaling – wordt soms de conclusie verbonden dat de tenzij-bepaling als zodanig terughoudend zou moeten worden toegepast. Naar mijn mening blijkt dat niet uit die rechtspraak en volgt dat ook niet noodzakelijkerwijs uit het gegeven, dat de tenzij-bepaling in de wet is geformuleerd als een uitzondering op het uitgangspunt dat de schuldeiser bij ‘iedere tekortkoming’ bevoegd is tot ontbinding.

3.4.2 De tenzij-bepaling is bedoeld als het contra-gewicht voor de in beginsel bestaande ontbindingsbevoegdheid. Het is aan de rechter om te bepalen wanneer de aangevoerde omstandigheden voldoende zijn om de balans te doen doorslaan. Enerzijds zal meewegen, zoals de toelichting op art. 6:265 BW het uitdrukt, “dat het voor de rechtszekerheid van groot belang is dat verklaringen tot ontbinding niet spoedig nietig worden verklaard. In het algemeen moet een teleurgestelde crediteur erop kunnen rekenen dat hij recht op ontbinding heeft.”

Zo ook in het ‘*Hotel-restaurant*’-arrest betreffende de ontbinding van een huurovereenkomst voor een restaurant bij een *first class business* hotel (dat het pand huurde van de hoofdverhuurder).<sup>40</sup> De huurster van het restaurant voldeed niet aan de gestelde kwaliteitseisen en de bedrijfsvoering was niet in lijn met de uitstraling van het hotel. Na afwijzing van de vordering tot ontbinding door de kantonrechter en de ontbinding van de overeenkomst door het hof wordt in cassatie het beroep van de huurster verworpen. Schending van een wezenlijke verplichting vormt geen voorwaarde voor ontbinding.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1455.

<sup>39</sup> PHR 29 april 2016 ECLI:NL:PHR:2016:351.

<sup>40</sup> HR 7 april 2017, (ECLI:NL:HR:2017:633).

<sup>41</sup> “(...) Voor zover het middel betoogt dat het hof toepassing had moeten geven aan de leer van het redelijk alternatief (...) berust het op een onjuiste rechtsopvatting. Evenmin geeft het arrest aanleiding voor de veronderstelling dat het hof te weinig oog zou hebben gehad voor de aard van de overeenkomst. (...) Van belang is dat echter niet, nu het hof in rov. 3.13 al aangeeft dat de in rov. 3.6-3.8 bedoelde tekortkomingen reeds ontbinding rechtvaardigen. Het onderdeel berust op een onjuiste lezing van het arrest voor zover het

Een ander in 2016 gewezen arrest betrof de ontbinding van de koopovereenkomst van een oude boerderij.<sup>42</sup> In concreto ging het geschil over de aangetroffen gebreken in de geleverde boerderij (bodemverontreiniging) met toebehoren en de daaraan te verbinden juridische gevolgen. Rechtbank en hof hadden ten aanzien van tal van gebreken geoordeeld dat geen sprake was van non-conformiteit.

De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof. In de conclusie op dit '*Oude boerderij*'-arrest wordt ten aanzien van de ontbindingsbevoegdheid benadrukt dat vooralsnog wordt vastgehouden aan de wettelijke hoofdregel dat iedere tekortkoming in nakoming dat in beginsel iedere tekortkoming de wederpartij de bevoegdheid geeft tot ontbinding van de koopovereenkomst: "(...) Het uitgangspunt van art. 6:265 lid 1 BW is dus dat in beginsel iedere tekortkoming de wederpartij de bevoegdheid geeft tot ontbinding van de koopovereenkomst. Het maakt daarbij geen verschil of de niet-nakoming totaal is, dan wel gedeeltelijk, of kwalitatief van aard; of zij aan schuldenaar kan worden toegerekend of niet, en – bij onmogelijkheid van nakoming – of deze reeds bij het sluiten van de overeenkomst bestond dan wel eerst later is opgekomen."<sup>43</sup>

Bovenstaande jurisprudentie maakt duidelijk, dat de Hoge Raad sinds 1992 is blijven vasthouden aan het wettelijke uitgangspunt van 6:265 lid 1 BW dat in beginsel iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt.

Wel wordt onderstreept dat hierbij ruimte is voor uitzonderingen: er kunnen omstandigheden zijn die maken dat in een concreet geval een tekortkoming in de nakoming zo weinig ernstig van aard of betekenis is dat deze de ontbinding van de overeenkomst met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

In de hiernavolgende paragraaf zal dieper worden ingegaan op het begrip tekortkoming en op de vraag, onder welke omstandigheden of voorwaarden een tekortkoming in de nakoming ontbinding van een overeenkomst rechtvaardigen. Hiervoor zullen de opvattingen uit de rechtsliteratuur (paragraaf 1.4.1) en de belangrijkste jurisprudentie (paragraaf 1.4.2) worden besproken.

#### **1.4 De aard en betekenis van de tekortkoming als grond voor ontbinding**

*Nakoming* wordt gedefinieerd als het verrichten van een prestatie die geheel beantwoordt aan een daartoe strekkende verbintenis. Van *tekortkoming* (of tekortschieten) in de nakoming van een verbintenis is sprake in alle gevallen waarin hetgeen de schuldenaar

---

veronderstelt (...) dat het hof als vereiste voor ontbinding zou hebben gesteld dat sprake is van een zwaarwegende wanprestatie c.q. schending van een wezenlijke verplichting."

<sup>42</sup> HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2287.

<sup>43</sup> ECLI:NL:PHR:2016:496.



verricht in enig opzicht achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt. Men kan dan denken aan situaties waarin de nakoming geheel uitblijft, niet tijdig plaatsvindt of ondeugdelijk (hetzij gebrekkig, hetzij non-conform) is. Om te kunnen spreken van een tekortkoming in de nakoming moet de verbintenis opeisbaar zijn, en is het van belang dat de schuldenaar geen beroep kan doen op een opschortingsrecht.<sup>44</sup>

#### **1.4.1 Opvattingen over de aard en de betekenis van de tekortkoming als grond voor ontbinding in de literatuur**

In relatie tot het beoordelen van de tekortkoming is de uitleg van de overeenkomst, dat wil zeggen, de vraag wat de verbintenis vergt, van belang. Door uitleg van de overeenkomst wordt eerst vastgesteld of er sprake is van tekortschieten door de schuldenaar, dus een tekortkoming. Vervolgens wordt beoordeeld of de tekortkoming wellicht te gering is om ontbinding te rechtvaardigen - de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW.<sup>45</sup>

In de literatuur zijn verschillende opvattingen te vinden over de vraag, welke factoren van belang zijn om te kunnen beoordelen of een tekortkoming in de nakoming ernstig genoeg is om ontbinding van de overeenkomst te rechtvaardigen.<sup>46</sup>

Volgens Bakels is in het redeneerschema van de wet en de rechtspraak een drietal gezichtspunten van belang voor het beoordelen van een ontbindingsverklaring: de aard, ernst en verwijtbaarheid van de tekortkoming.<sup>47</sup>

In de eerste plaats zal, om te kunnen bepalen of er in een concreet geval sprake is van een tekortkoming, vastgesteld moeten worden of de geleverde prestatie achterblijft bij datgene wat de verbintenis vergt. Hiertoe is het van belang een goed begrip te hebben van de *aard* van de verbintenis; als deze bijvoorbeeld deelbaar is en er kan onderscheid worden gemaakt tussen eventuele hoofd- en nevenverbintenissen, is mogelijk slechts gedeeltelijke ontbinding geoorloofd.

---

<sup>44</sup> Bakels 2011, p. 32 e.v. De Jong 2006, p. 77.

<sup>45</sup> Over het uitlegleerstuk is veel geschreven en bestaan verschillende standpunten. De uitleg van een verbintenis kan beschouwd worden als een feitelijk proces, waarbij onderzocht wordt wat de toenmalige bedoeling der partijen was. Het kan ook worden beschouwd als een normatief proces, waarbij rechtsgevolgen aan partijen worden toegerekend naar redelijkheid en billijkheid. Deze redelijkheid en billijkheid kunnen ook een beperkende werking hebben ten aanzien van de uitleg van de overeenkomst. Tegen deze achtergrond dient het begrip tekortkoming in het wettelijk stelsel te worden gezien. Omwille van de afbakening van het onderzoek van deze scriptie ga ik hier niet dieper op in. Zie Bakels 1993 p. 175 e.v. voor een uitgebreide beschrijving van de verschillende standpunten en hun verdedigers/vertegenwoordigers.

Ik ga hier voorbij aan de discussie rond de enge en de ruime leer m.b.t. het begrip tekortkoming. Voor wat betreft het begrip tekortkoming worden een *ruime* en een *enge* opvatting verdedigd. Volgens de *ruime* leer is er sprake van een tekortkoming indien de schuldenaar niet nakomt terwijl zijn prestatie reeds opeisbaar is. Deze zienswijze past in de eerder beschreven feitelijke uitleg van de overeenkomst.

De *enge* leer verdedigt het standpunt dat de tekortkoming pas ontstaat op het moment dat de schuldenaar in verzuim is geraakt. Op basis van een normatief proces wordt bepaald of het redelijk en billijk is om de schuldenaar een termijnstelling te gunnen voordat sprake is van een tekortkoming. De enge leer is de heersende leer. Bakels 1993, p. 188 en De Jong 2006, p.77-78.

<sup>46</sup> Ik beperk me bij de bespreking van de literatuur tot de opvattingen van Bakels en Hartlief. Stolp heeft zich over de invulling van het begrip tekortkoming als grond voor ontbinding niet uitgelaten.

<sup>47</sup> Bakels 2011 p. 92.

Een tweede punt betreft de *ernst* van de tekortkoming. Ontbinding is eerder gerechtvaardigd naarmate de geleverde prestatie meer afwijkt van datgene wat de verbintenis vergt, of anders geformuleerd, van datgene wat door partijen is overeengekomen.

Als derde aspect speelt de *verwijtbaarheid* van de tekortkoming een rol bij de beoordeling van de ontbindingsverklaring. Indien de schuldenaar onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de schuldeiser zal dit hem kunnen worden aangerekend en is ontbinding wellicht eerder gerechtvaardigd.

Hartlief benoemt de gevallen waarin er sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst die ontbinding rechtvaardigt iets concreter.

In de eerste plaats wordt voor de bevoegdheid tot ontbinding de eis van een *wezenlijke* tekortkoming gesteld. Nu is ook de kwalificatie 'wezenlijk' voor velerlei uitleg vatbaar, maar deze wordt nader gespecificeerd. Hartlief onderscheidt zeven gevallen waarin een tekortkoming als wezenlijk zou moeten worden beschouwd: 1) wanneer partijen dat (*van tevoren* – *EvS*) zo bepalen; 2) indien een wettelijke bepaling dat meebrengt; 3) als de prestatie uitblijft; 4) als de prestatie niet tijdig wordt verricht en het tijdsaspect essentieel is; 5) indien de karakteristieke prestatie ondeugdelijk is verricht en kan worden teruggegeven en van de schuldeiser niet kan worden gevergd dat deze genoeg neemt met nakoming en schadevergoeding; 6) indien de karakteristieke prestatie niet voor restitutie vatbaar is en zo ondeugdelijk is dat deze gelijkstaat aan niet-nakoming; 7) in geval van een duurverhouding van een partij niet kan worden gevergd dat deze de contractuele relatie continueert.<sup>48</sup>

#### **1.4.2 Jurisprudentie over de aard en de betekenis van de tekortkoming als grond voor ontbinding**

"Rekening houden met alle omstandigheden van het geval" luidt de kernboodschap in de arresten *De Bruin/Meiling* en *Twickler/R.* als het gaat om een maatstaf voor de beoordeling van de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming in het licht van de ontbindingsbevoegdheid.<sup>49</sup>

Voor beantwoording van de vraag, welke omstandigheden en gezichtspunten volgens de rechtspraak van belang zijn om te kunnen beoordelen of een tekortkoming in de nakoming ernstig genoeg is om ontbinding van de overeenkomst te rechtvaardigen, zijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad enkele aanknopingspunten te vinden. Hieruit blijkt dat het met name de *aard van de overeenkomst* is, die van bepalende invloed is op de beoordeling van de tekortkoming.

---

<sup>48</sup> Hartlief 1994, p. 204; met samenvatting van vuistregels op p. 211-212.

<sup>49</sup> Respectievelijk HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*) en HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 (*Twickler/R.*).

#### **a) De aard van de overeenkomst**

In het arrest *Mol/Meijer Beheer*<sup>50</sup> kocht een koper alle aandelen van een aardappelverwerkende vennootschap. Na een hoge voorlopige aanslag van het waterschap bleek dat de vennootschap een illegale bron had geëxploiteerd en illegaal afvalwater had geloosd, iets wat door de verkopers niet was medegedeeld. De waterhuishouding was voor een groot deel afhankelijk van het bestaan van de bron en de illegale lozing van afvalwater. Voor de koper had dit gevolgen op ecologisch en op financieel gebied: de bodem was verontreinigd en, naast de opgelegde aanslagen, bleken de jaarcijfers geflatteerd en de financiële toestand van de vennootschap allesbehalve florissant. De koper vorderde (naast schadevergoeding) ontbinding van de koopovereenkomst.

De Hoge Raad verwierp het beginsel van het redelijk alternatief en benadrukte dat er geen grond is de bevoegdheid tot ontbinding verder te beperken dan in art. 6:265 lid 1 is voorzien<sup>51</sup>: "(...) is er ook geen grond om in het geval van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst strekkende tot overdracht van (de aandelen in) een onderneming, de bevoegdheid tot ontbinding verder te beperken dan in art. 6:265 lid 1 is voorzien. Wel kan de aard van een dergelijke overeenkomst van invloed zijn op de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen." De wanprestatie had in deze zaak betrekking op wat voor de koper de essentie van de overeenkomst vormde.<sup>52</sup>

#### **b) Huurovereenkomsten: belangen van partijen**

In de jurisprudentie zijn er enkele relevante arresten omtrent huurzaken geweest, waaruit naar voren komt dat de belangen van partijen een belangrijke omstandigheid vormen voor de beoordeling van de vraag, of de tekortkoming in de nakoming ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt. In de arresten betreft de overeenkomst de huur van een bedrijfsruimte, waarbij de huurders tekort zijn geschoten in de nakoming van hun verbintenissen uit de huurovereenkomst.

In *De Bruin/Meiling* stelt verhuurder dat huurders hun verplichtingen uit de huurovereenkomst niet nakomen en zich niet als goed huurder gedragen - onder andere wordt de huur stevast te laat voldaan, zijn zonder toestemming wijzigingen aan het

---

<sup>50</sup> HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562.

<sup>51</sup> HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562, sub 3.4: "Het eerste onderdeel van het middel berust kennelijk op de stelling dat naar huidige rechtsopvattingen van de mogelijkheid van ontbinding van een overeenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis een terughoudend gebruik moet worden gemaakt in dier voege, dat

ook indien zich niet het geval voordoet dat wegens de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming — als bedoeld in art. 6:265 lid 1 BW — ontbinding ongerechtvaardigd is, het de schuldeiser niet vrijstaat te kiezen voor ontbinding van de overeenkomst wanneer aan hem een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres ter beschikking staat. Deze stelling kan niet als juist worden aanvaard, zodat het onderdeel faalt."

<sup>52</sup> HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562.

pand aangebracht, is er sprake van geluidsoverlast en van bedreiging jegens de verhuurder – en vordert ontbinding van de huurovereenkomst. “Zo is het mogelijk dat aan een schuldenaar een reeks tekortkomingen kan worden verweten, die elk op zichzelf niet belangrijk zijn, maar wel in haar geheel, zoals het voortdurende in gebreke zijn met de betaling van huurtermijnen. (...) De rechtbank heeft de achterstand in de betaling van de huurpenningen, het plaatsen van de vuilniscontainer op de inrit en de geluidsoverlast in onderlinge samenhang gezien als tekortkomingen aangemerkt, die de ontbinding kunnen rechtvaardigen.” aldus de A-G in zijn conclusie bij *De Bruin/Meiling*.<sup>53</sup>

Ook in het *Staedion*-arrest was er sprake van herhaaldelijk late betalingen en een huurachterstand van meer dan een jaar. Het oordeel van het hof, dat in casu sprake was van een voldoende ernstige tekortkoming, gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>54</sup>

Het *'Hotel-restaurant'*-arrest betrof de ontbinding van een huurovereenkomst voor een restaurant bij een *first class business* hotel (dat het pand huurde van de hoofdverhuurder).<sup>55</sup> De huurster van het restaurant voldeed niet aan de gestelde kwaliteitsnormen en -standaarden en de bedrijfsvoering was niet in lijn met de uitstraling van het hotel. Dit bracht de huurovereenkomst van het hotel met de hoofdverhuurder in gevaar. Na afwijzing van de vordering tot ontbinding door de kantonrechter en de ontbinding van de overeenkomst door het hof “wegens de ernst van de voortdurende wanprestatie”, wordt in cassatie het beroep van de huurster verworpen. Het ontbinden van de huurovereenkomst werd niet als een onevenredige sanctie beschouwd en het hotel had voldoende belang bij het ontbinden van de overeenkomst.<sup>56</sup>

In *Twickler/R.* exploiteert de verweerder een snackbar op een van de eiser gehuurd deel van een marktterrein. In het schriftelijk vastgelegde contract tussen partijen is uitdrukkelijk bepaald dat de huurder zich verplicht de exploitatie op het gehuurde zodanig uit te oefenen, dat niet in strijd wordt gehandeld met enige wet, verordening of ander overheidsvoorschrift. De huurder wordt tweemaal wegens overtreding van de Warenwet veroordeeld en de verhuurder ontbindt de huurovereenkomst wegens de structureel onhygiënische toestand op het gehuurde terrein en andere tekortkomingen in de nakoming.

Bij de beoordeling van de rechtsklacht is het uitgangspunt dat wanprestatie in de regel ontbinding wettigt. “Niettemin, zo volgt uit art. 6:265 lid 1 BW, kan de rechter in de omstandigheid dat de wanprestatie zo weinig ernstig van aard of betekenis is aanleiding vinden de vordering tot ontbinding af te wijzen. (...) Bij de beoordeling van de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is om de ontbinding te rechtvaardigen, moet de

---

<sup>53</sup> HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197, sub 6.

<sup>54</sup> PHR 29 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:351.

<sup>55</sup> HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:633.

<sup>56</sup> PHR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:84 conclusie sub 3.22-3.23.

rechter rekening houden met alle omstandigheden van het geval. (...) Tot die omstandigheden van het geval behoren ook de belangen van partijen over en weer.”<sup>57</sup>

Uit de lagere rechtspraak blijkt dat in huurzaken waar het woonruimte betreft dikwijls extra groot gewicht wordt toegekend aan het afwegen van het (zwaarwegende) woonbelang van de huurder tegen dat van de verhuurder.

In een uitspraak van rechtbank Oost-Brabant bijvoorbeeld wordt als volgt overwogen:

“4.6. Artikel 6:265 lid 1 BW bepaalt dat iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van zijn verbintenissen, aan de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te (doen) ontbinden, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. (...) De kantonrechter dient het woonbelang van de huurder in haar beoordeling te betrekken.”<sup>58</sup>

Omdat dit woonbelang een zwaarwegend belang is, wordt in de rechtspraak doorgaans aangenomen dat een huurachterstand van minder dan drie maanden van te geringe betekenis is om de ontbinding van de huurovereenkomst met de daaraan verbonden ontruiming van het gehuurde te rechtvaardigen.”<sup>59</sup>

Vergelijk ook de volgende casus.<sup>60</sup> In deze zaak werd ontbinding van de huurovereenkomst gevorderd omdat de huurder gedurende enige tijd niet zelf in de sociale huurwoning had gewoond maar daar anderen had laten wonen. Dit was in strijd met een bepaling uit het huurcontract.

De rechtbank oordeelde dat naar huidige maatschappelijke opvattingen een huurovereenkomst op vordering van de huurder in beginsel pas mag worden ontbonden op de voet van art. 6:265 BW indien de ernst van de tekortkoming dit rechtvaardigt.

De enkele omstandigheid dat de huurder het gehuurde tijdelijk niet bewoonde rechtvaardigde niet zonder meer een ontbinding van de huurovereenkomst. In casu was de huurder een tijdje naar het buitenland vertrokken om te onderzoeken of zijn leven nog op het goede spoor zat. “(...) Onder deze omstandigheden is de hierin besloten tekortkoming, hoewel op zichzelf zwaarwegend, toch onvoldoende ernstig om een ontbinding van de huurovereenkomst te rechtvaardigen. (...)”

### **c) Koopovereenkomsten: non-conformiteit**

Voor het beoordelen van een tekortkoming in de nakoming, dat wil zeggen voor het beantwoorden van de vraag of de geleverde prestatie achterblijft bij datgene wat de verbintenis vergt, is het van belang een goed begrip te hebben van datgene wat door partijen is overeengekomen. Zoals al eerder in deze paragraaf aangegeven kan een

<sup>57</sup> PHR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208, sub 15.

<sup>58</sup> Rb. Oost-Brabant 26 mei 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2684.

<sup>59</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:879 en Rb. Noord-Holland 2 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8692.

<sup>60</sup> Rb. Amsterdam 7 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5120.

tekortkoming in de nakoming van een koopovereenkomst inhouden het niet, niet-tijdig of gebrekkig presteren.

In het geval van niet goed leveren raakt het vraagstuk over tekortkoming aan het begrip 'conformiteit'. Het conformiteitsvereiste staat beschreven in Boek 7 BW inzake koop, in artikel 7:17 BW.

Conformiteit van een goed houdt in dat het afgeleverde aan de koopovereenkomst moet beantwoorden, dat wil zeggen de eigenschappen moet bezitten die de koper redelijkerwijs op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag eigenschappen verwachten die voor een normaal gebruik van de zaak nodig zijn, alsmede die eigenschappen die nodig zijn voor bijzonder gebruik van de zaak dat bij de overeenkomst is voorzien.<sup>61</sup> Als men spreekt over conformiteit van de zaak gaat het om de aspecten identiteit, kwantiteit en kwaliteit.<sup>62</sup>

In het eerder aangehaalde arrest '*Oude Boerderij*' ging het geschil over de aangetroffen gebreken in de geleverde boerderij (bodemverontreiniging) met toebehoren en de daaraan te verbinden juridische gevolgen. Kopers vorderden ontbinding wegens non-conformiteit. Het hof had de vordering tot ontbinding verworpen, de Hoge Raad achtte de klacht inzake de aanwezigheid van asbesthoudend puin echter gegrond omdat de boerderij hierdoor de eigenschappen miste voor normaal gebruik, dat wil zeggen voor bewoning met gezin.<sup>63</sup>

Over ontbinding van overeenkomsten op grond van tekortkomingen in de nakoming door non-conformiteit is ook veel in de lagere rechtspraak te vinden. Ter illustratie worden hieronder enkele voorbeelden besproken.

In een zaak betreffende de koop van een auto (geen consumentenkoop) oordeelde het hof: "4.3.8. Naar het oordeel van het hof is het gebrek aan de auto waarmee [appellant] werd geconfronteerd – (...) - een gebrek aan de auto waardoor de auto niet voldoet aan wat [appellant] op grond van de overeenkomst van de auto mocht verwachten. Het gaat om een ernstig, de veiligheid van de auto rakend gebrek waarvan niet kan worden geoordeeld dat de aanwezigheid van dat gebrek voor risico van [appellant] behoort te komen op de enkele grond dat door [appellant] een tweedehands auto van negen jaar

---

<sup>61</sup> Klik 2008, p.3.

<sup>62</sup> Klik 2008, p. 43.

<sup>63</sup> HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2287.

Het financiële aspect kan in zaken waarbij sprake is van bodemverontreiniging ook een rol spelen. Illustratief is een casus van de rechtbank Arnhem inzake de koop van een perceel grond met - naar later bleek - te hoge bodemgebruikswaarden. In dit geval oordeelde de rechtbank dat gezien de hoge saneringskosten waarmee de koper werd geconfronteerd niet kon worden gesproken over een geringe tekortkoming en dat ontbinding derhalve gerechtvaardigd was: "9. Iedere wanprestatie rechtvaardigt in beginsel de ontbinding van de overeenkomst, tenzij de tekortkoming vanwege haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt, zo volgt uit artikel 6:265 BW. Van een tekortkoming van geringe betekenis is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake. Zoals hiervoor al is weergegeven is immers ook [gedaagde 2] blijkbaar van mening dat de grond gesaneerd moet worden. Hij stelt dat dit niet meer dan € 15.000,00 hoeft te kosten, maar gelet op de koopprijs van f 75.000,00 kan ook in het geval [gedaagde 2] het voor wat betreft de saneringskosten bij het juiste eind zou hebben, niet gesproken worden van een geringe tekortkoming. Van een tekortkoming van bijzondere aard welke aan een ontbinding in de weg zou staan, is evenmin sprake. Rb. Arnhem 28 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5607.

oud is gekocht. Het gaat hier niet om een gebrek waarvan het risico dat het zich voordoet samenhangt met de leeftijd van een auto en daarmee niet om een gebrek waarvan moet worden geoordeeld dat [appellant] met zijn keuze voor een tweedehands auto het risico daarvan heeft te dragen.”<sup>64</sup> Vergelijk ook een uitspraak inzake de levering van een aantal sondeertrucks waarbij ontbinding gerechtvaardigd was.<sup>65</sup>

Met betrekking tot de koop van software bestemd voor het ombouwen van communicatieapparaten tot communicatiemiddelen geschikt voor gehandicapten was de rechtbank van oordeel dat het steeds moeten herprogrammeren van software en ingesproken spraak buiten het normale gebruik viel. Wegens schending van de conformiteitseis was er sprake van een tekortkoming in de nakoming die ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigde.”<sup>66</sup>

In ECLI:NL:RBALK:2012:BX5783 betreft het de koop van lichtslangen waarvan de geleverde kleur niet overeenkomt met die van de bestelling:

“19. (...) Uit artikel 7:17 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) volgt dat een zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Bij de beoordeling daarvan zijn alle omstandigheden van het geval van belang.

20. (...) Uitgaande van de bestelling door [koper] van lichtslangen in de kleur warm wit, heeft de eerste levering van 32 lichtslangen in ieder geval niet de eigenschappen die [koper] op grond van de overeenkomst mocht verwachten, nu het licht van die 32 lichtslangen veeleer als koud wit dan als warm wit moet worden betiteld. Ten aanzien van de tweede levering van 23 rollen lichtslangen zijn partijen het erover eens dat deze de juiste kleur warm wit is, maar vast staat ook dat [verkoper] niet het overeengekomen aantal van 32 rollen kon leveren en dat bovendien deze tweede levering rollen betrof van 45 meter in plaats van 100 meter. Ook deze levering beantwoordt dus niet aan de overeenkomst.

21. Nu als vaststaand moet worden aangenomen dat de lichtslangen niet aan de overeenkomst beantwoorden, was [koper] op grond van artikel 6:265 lid 1 van het BW in beginsel bevoegd de overeenkomst te ontbinden. De aard van de hiervoor genoemde

---

<sup>64</sup> Hof 's Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSE:2012: BY6857.

In het consumentenrecht zijn er talrijke zaken over de non-conformiteit van auto's te vinden. Zo rechtvaardigt de verkeersonveiligheid van een tweedehands auto, gekocht met het oogmerk zich hiermee in het verkeer te begeven, ontbinding van de overeenkomst. “4.5 Naar het oordeel van het hof rechtvaardigen de hiervoor genoemde vaststaande feiten de conclusie dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Een auto met een dergelijk slecht chassis is zodanig ernstig verkeersonveilig, dat deze in redelijkheid niet zonder meer als “auto” verkocht kan worden. Op geen enkele wijze is gesteld dat [X.] hiervoor voldoende duidelijk [Y.] gewaarschuwd heeft. De enkele mededeling van [X.], dat hij geen garantie zou verstrekken, is in dit kader een onvoldoende specifieke waarschuwing. (...). Evenmin is de koopsom, die [X.] voor de auto heeft gekregen, zodanig laag dat [Y.] daarvoor in redelijkheid niet een min of meer verkeersveilige auto mocht verwachten.” aldus Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK7529.

<sup>65</sup> Rb. Noord-Nederland 3 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013: BZ6217.

<sup>66</sup> Rb. Utrecht 28 januari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH2449.

gebreken is niet van een zodanig geringe betekenis dat ontbinding niet gerechtvaardigd zou zijn of dat [koper] had moeten volstaan met gedeeltelijke ontbinding.”

## 1.5 De heersende leer

Sinds de invoering van het nieuwe BW in 1992 is er ten aanzien van artikel 6:265 BW veel discussie geweest over de vraag, of de ontbindingsbevoegdheid als regel of uitzondering moet worden beschouwd. Verschillende auteurs hebben het wettelijke uitgangspunt van het recht op ontbinding bestreden en benaderingen voorgesteld waarbij het rechtsmiddel van de ontbinding alleen bij wijze van uitzondering, als *ultimum remedium* of onder strenge voorwaarden, mag worden toegepast.

Door de Hoge Raad zijn deze benaderingen tot dusverre niet onderschreven, soms zelfs expliciet verworpen. Het meest illustratief hiervoor zijn de arresten *Tromp/Regency*, *De Bruin/Meiling*, *Mol/Meijer Beheer* en *Fisser/Tycho*.<sup>67</sup> Ook uit meer recente jurisprudentie blijkt dat de Hoge Raad vasthoudt aan deze lijn, die in de loop der jaren wel is gespecificeerd met enkele deelregels.<sup>68</sup> Zo mag er in het kader van de ontbindingsbevoegdheid bij de beoordeling van de tekortkoming in de nakoming geen onderscheid worden gemaakt tussen bedingen die de kern van de overeengekomen prestatie betreffen en zogenaamde niet-kernbedingen (*Twickler/R.*). Ook is voor de vraag of ontbinding gerechtvaardigd is, niet bepalend of ongedaanmaking nog wel mogelijk is (*Mol/Meijer Beheer*). Evenmin vormt het optreden van ernstige schade of andere gevolgen ten gevolge van de tekortkoming een vereiste voor de toepassing van de ontbindingsbevoegdheid (*Bierbrouwerij*).

Voor de beantwoording van de vraag, onder welke omstandigheden precies de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW van toepassing is en er sprake is van een uitzondering op de hoofdregel, biedt de jurisprudentie van de Hoge Raad minder houvast. Omdat in de besproken arresten de hoofdregel steeds weer wordt bevestigd, wordt in feite geen duidelijk antwoord gegeven op de vraag, wat onder de ‘bijzondere aard’ en ‘geringe

---

<sup>67</sup> Zo ook Bakels 2011, p. 84; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III) 685; Van Boom 2016, art. 6:265 BW, aant. 4. Expliciet over de leer van het redelijk alternatief van Bakels: HR 24 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:63. Anders ligt dit in het geval van een beroep op art. 7:22 BW consumentenkoop. Zie bijvoorbeeld het arrest Multi Vastgoed/Nethou (HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79). De schuldeiser is niet vrij in zijn keuze van rechtsmiddel in geval van een tekortkoming in de nakoming, maar is gehouden aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid, aldus de Hoge Raad: “Niet bestreden is in dit geval dat van een tekortkoming sprake is. In beginsel heeft de crediteur dan de keuze tussen nakoming, voor zover deze nog mogelijk is en schadevergoeding in enigerlei vorm. De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. In een geval als het onderhavige dient een afweging plaats te vinden van de belangen van de crediteur tegenover die van de debiteur, met het oog op enerzijds de door de opdrachtgever verlangde nakoming en anderzijds de door de opdrachtnemer aangeboden vorm van schadevergoeding.” Over de toepasbaarheid van art. 6:265 BW bij consumentenkoop, zie Strijbos 2016.

<sup>68</sup> Zoals eerder besproken is vanuit de achtergrond van de parlementaire geschiedenis het behoudende standpunt van de Hoge Raad wel verklaarbaar: met de wijzigingen aan het stelsel bij invoering van het nieuwe BW werd voornamelijk meer rechtszekerheid en een versteviging van de positie van de schuldeiser beoogd die erop moest kunnen rekenen dat verklaringen tot ontbinding niet te spoedig nietig worden verklaard. PG Boek 6, p. 1005-1006; Van Boom 2016, art. 6:265 BW, aant. 4.



betekenis' van de tekortkoming wordt verstaan in het geval waarvan bij wijze van uitzondering ontbinding van de overeenkomst wel gerechtvaardigd is.

In de arresten komen wel enkele gezichtspunten naar voren. Hieruit blijkt dat de aard van de overeenkomst de belangrijkste en bepalende 'omstandigheid van het geval' is aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming in een concreet geval gerechtvaardigd is.

Afhankelijk van de aard van de overeenkomst zal het zwaartepunt bij de beoordeling van het recht op ontbinding liggen op bijvoorbeeld de belangen van partijen over een weer, zoals bij huurovereenkomsten, of, in geval van koop, op de vraag in hoeverre het geleverde voldoet aan de conformiteitseisen, al naar gelang wat relevant is voor de overeenkomst in kwestie.

De afweging die bij het beoordelen van de tekortkoming in de nakoming wordt gemaakt verschilt dus al naar gelang de aard van de overeenkomst. Voor een huurder zal de essentie van de overeenkomst over het algemeen in het woonbelang liggen of in het kunnen gebruikmaken van bedrijfsruimte; voor de verhuurder is het van belang dat de huurder zich als een goed huurder gedraagt. Waar het woonruimte betreft wordt aan het woonbelang van de huurder groot gewicht toegekend, een huurachterstand van enkele maanden geeft over het algemeen echter voldoende grond voor ontbinding. Voor wat betreft de huur van bedrijfsruimte is van belang dat deze naar behoren wordt gebruikt, in lijn met eventueel door de verhuurder gestelde standaarden en normen. In geval van koop is doorslaggevend of het afgeleverde aan de overeenkomst beantwoordt en het de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik van de zaak nodig zijn.

De aard van de overeenkomst zal van geval tot verschillen. De maatstaf voor de beoordeling de 'bijzondere aard' of 'geringe betekenis', dat wil zeggen, de ernst van een tekortkoming in de nakoming is daarom niet vastomlijnd en zal dus steeds in het licht van het soort overeenkomst moeten worden beoordeeld.

Een stap verder, door enkele concrete uitzonderingen op de hoofdregel te benoemen en voor ontbinding de eis van een *wezenlijke* tekortkoming te stellen (zoals door Hartlief bepleit), gaat de Hoge Raad tot dusverre echter niet. De benadering van Bakels en Stolp waarbij het wettelijke uitgangspunt wordt gerelativeerd en ontbinding als een 'remedy of last resort' wordt beschouwd, is op dit moment nog twee stappen te ver. Uit de volgende hoofdstukken zal blijken in hoeverre het Nederlandse stelsel hierin verschilt van het Weens Koopverdrag en het Engelse rechtstelsel.

## Hoofdstuk 2: Ontbinding van een overeenkomst in het Weens Koopverdrag

### 2.1 Inleiding

Als twee professionele partijen die in verschillende landen gevestigd zijn een koopovereenkomst roerende zaken met elkaar sluiten, is in beginsel het Weens Koopverdrag, voluit United Nations Convention on the International Sale of Goods (afgekort: CISG) van toepassing.<sup>69</sup> Het Weens Koopverdrag vormt voor internationale koopovereenkomsten roerende zaken uniform recht. Het verdrag is voor Nederland in 1992 in werking getreden.<sup>70</sup>

Het CISG is van aanvullend/regelend recht, zodat er bij overeenkomst van kan worden afgeweken.<sup>71</sup> Partijen hebben de mogelijkheid het CISG uit te sluiten. Dit dient dan wel expliciet te gebeuren - al wordt stilzwijgende uitsluiting van het CISG soms ook wel aangenomen<sup>72</sup> - omdat anders het CISG via het nationale recht alsnog van toepassing is indien het betreffende land het CISG heeft geratificeerd. Als het CISG van toepassing is op een overeenkomst, is er geen plaats meer voor intern nationaal (koop)recht, althans voor wat betreft de aspecten die in de CISG zijn geregeld.<sup>73</sup>

Het voornaamste doel van het CISG is het ontwikkelen van de handel tussen staten op basis van gelijkheid en wederzijds voordeel en het wegnemen van juridische belemmeringen.<sup>74</sup> Met andere woorden: met zijn uniforme rechtsregels beoogt het verdrag een *level playing field* te bieden voor staten die grensoverschrijdende handelstransacties willen doen.

In dit hoofdstuk bespreek ik onder welke voorwaarden volgens het Weens Koopverdrag een partij in geval van een tekortkoming in de nakoming door de wederpartij bevoegd is een overeenkomst te ontbinden. Ik beperk me hiertoe tot de artikelen 49 en 64 CISG, op

---

<sup>69</sup> Mits beide partijen gevestigd zijn in verschillende staten die partij zijn bij de CISG en partijen de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag niet uitdrukkelijk in hun koopovereenkomst hebben uitgesloten. Zie art. 1 lid 1 sub a jo. art. 100 CISG. Ook Bertrams 2014, p. 16. Men heeft dus ook de mogelijkheid om de toepasselijkheid van het verdrag expliciet uit te sluiten, en te kiezen voor een van de eigen rechtssystemen.

<sup>70</sup> De toepasselijkheid van het CISG staat beschreven in art. 1 van het CISG zelf. Kort omschreven is deze als volgt: het CISG is rechtstreeks van toepassing als beide partijen van de koopovereenkomst gevestigd zijn in verschillende staten die (ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst) partij zijn bij het CISG. Zie ook Bertrams 2014, p.16. Ook is het CISG van toepassing indien partijen daar zelf voor hebben gekozen: Bertrams 2014 p. 32. Verder is er sprake van toepasselijkheid van het CISG indien de verwijzings-/conflictrechtsregels van het IPR resulteren in een land dat het CISG heeft geratificeerd. Bertrams 2014, p. 45.

<sup>71</sup> Bertrams 2014, p.17

<sup>72</sup> Art. 6 CISG. Bertrams 2014, p.29.

<sup>73</sup> Bertrams 2014, p. 28 e.v.

<sup>74</sup> Preamble CISG; Bertrams/Kruisinga 2010, p. 169.

de bijzonderheden van artikelen 72 en 73 CISG zal ik omwille de afbakening van het onderzoek niet nader ingaan.<sup>75</sup>

Eerst behandel ik de vraag, op welke punten de regeling over *avoidance* van het CISG verschilt van de ontbindingsbevoegdheid in het Nederlandse rechtstelsel (2.2)<sup>76</sup>. Daarna ga ik dieper in op het begrip wezenlijke tekortkoming dat een centrale rol speelt in de ontbindingsbevoegdheid van het CISG (2.3). In paragraaf 2.4 wordt een vergelijking gemaakt met de relevante bepalingen over het recht op ontbinding in de Principles of European Contract Law (PECL), de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) en de Draft Common Frame of reference (DCFR).

## **2.2 Recht van ontbinding (*avoidance*) volgens artikelen 49 en 64 CISG**

Een van de doelstellingen van het Weens Koopverdrag is het voorkomen van *economic waste*. Ontbinding van een overeenkomst brengt kosten met zich mee en in het geval van internationale, grensoverschrijdende handelstransacties kan de financiële schade voor partijen nog hoger uitvallen indien de goederen weer verscheept moeten worden naar land van herkomst om vervolgens eventueel opnieuw te worden verhandeld. Ook wil het CISG het gebruik van ontbinding als middel om financieel voordeel te behalen of te speculeren op verander(en)de marktomstandigheden, ontmoedigen.<sup>77</sup>

### **2.2.1 Ontbinding (*avoidance*) als *ultimum remedium***

Het tegengaan van kapitaalvernietiging is een belangrijk aspect van het Weens Koopverdrag en het uitgangspunt is dan ook dat daar waar moet worden gekozen tussen de belangen van de schuldeiser en de schuldenaar, laatstgenoemde in principe voorrang te krijgen en de schuldenaar een tweede kans dient te worden geboden om alsnog te presteren. Het is derhalve niet verbazingwekkend dat het Weens Koopverdrag ontbinding, *avoidance*, van overeenkomsten slechts in beperkte mate en onder voorwaarden toestaat.<sup>78</sup>

In de tekst van het verdrag staat nergens expliciet vermeld dat *avoidance* een *remedy of last resort* is. Uit de heersende opinie en de praktijk blijkt echter dat ontbinding als een *ultimum remedium* moet worden beschouwd en een overeenkomst slechts onder zeer strikte voorwaarden kan worden ontbonden:

---

<sup>75</sup> Art. 72 CISG staat ontbinding van de overeenkomst toe indien al voor de datum van nakoming duidelijk is dat één van beide partijen wezenlijk zal tekortschieten in de *nakoming (anticipatory breach)*; art. 73 CISG betreft specifiek overeenkomsten strekkende tot opeenvolgende afleveringen.

<sup>76</sup> Ik ga hier voorbij aan de speciale gevallen van tevoren weten dat de wederpartij tekortkomt etc. *anticipatory breach*.

<sup>77</sup> Voor een partij kan het buitengewoon lucratief zijn om een gesloten overeenkomst te ontbinden om de goederen vervolgens voor een hogere prijs aan een andere partij te verkopen (of voor een lagere prijs bij een ander in te kopen); met name in de handel in zogenaamde *commodities* (variërend van edelmetalen, grondstoffen, energie, levende have tot landbouwproducten) waarvan de prijzen zeer volatiel kunnen zijn is dit een factor waarmee rekening dient te worden gehouden.

<sup>78</sup> Bertrams & Kruisinga 2010, p. 293; Bakels 2011, p. 2; Van der Velden 1988, p. 291-297; Schlechtriem 2006, p. 83- 90.

“Avoidance of the contract is a remedy of last resort (*ultima ratio*) that is available when the seller or buyer can no longer be expected to continue the contract” aldus de UNCITRAL Digest of Case Law (hierna: Digest).<sup>79</sup> Dit komt ook uit diverse cases naar voren.<sup>80</sup>

Deze benadering staat in duidelijk contrast met de heersende leer en het wettelijke uitgangspunt in het Nederlandse rechtstelsel waar het recht op ontbinding voorop staat. Beide stelsels stellen zich tot doel de rechtszekerheid te bevorderen en te versterken, maar vullen dit op geheel eigen wijze in. Daar waar het Nederlandse stelsel beoogt te voorkomen dat een teleurgestelde crediteur lang in onzekerheid verkeert over de mogelijkheid en geldigheid van de ontbinding van de overeenkomst, staat in het CISG de tweede kans voor de debiteur centraal. De ‘moderne benadering’ binnen de Nederlandse rechtsliteratuur (zie paragraaf 1.3) vertoont op dit punt gelijkenis met het CISG.

### 2.2.2 Gronden voor ontbinding

Bepalingen met betrekking tot *avoidance* van een overeenkomst zijn op verschillende plaatsen in het Weens Koopverdrag te vinden. Hierbij wordt, anders dan in het Nederlandse rechtstelsel, onderscheid gemaakt tussen de ontbindingsbevoegdheid van de kopende partij en de verkopende partij.

Art. 49 CISG heeft betrekking op de ontbindingsbevoegdheid van de koper<sup>81</sup>, in art. 64 CISG wordt het recht op ontbinding van de verkopende partij beschreven.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup>UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods—2016 United Nations 2016 Edition <uncitral.org>.

<sup>80</sup> Zie Digest ad art. 49. Ook Schlechtriem & Schwenzer 2010, p. 290-291; Bridge 2010, p. 921; Magnus 2005, p. 424.

<sup>81</sup> Art. 49 CISG: (1) The buyer may declare the contract avoided:

(a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

(b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.

(2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so:

(a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made;

(b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time:

(i) after he knew or ought to have known of the breach;

(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or

(iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance.

<sup>82</sup> Art. 64 CISG: (1) The seller may declare the contract avoided:

(a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

(b) if the buyer does not, within the additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, perform his obligation to pay the price or take delivery of the goods, or if he declares that he will not do so within the period so fixed.

Kort samengevat zijn er volgens artikelen 49 en 64 CISG in principe twee routes om tot ontbinding van de overeenkomst te komen:

- a) Indien er sprake is van een tekortkoming in de nakoming door de verkoper of koper van de krachtens de overeenkomst of dit Verdrag op hem rustende verplichtingen die kan worden gekwalificeerd als een *fundamental breach of contract*, een wezenlijke tekortkoming (respectievelijk art. 49 lid 1 sub a CISG en art. 64 lid 1 sub a CISG);
- b) Indien de verkoper de zaken niet binnen de door de koper gestelde extra termijn aflevert of aangeeft dit niet binnen deze termijn te zullen doen (art. 49 lid 1 sub b CISG); of indien de koper niet binnen de door de verkoper gestelde aanvullende termijn de prijs betaalt of de zaken in ontvangst neemt of verklaart dit niet te zullen doen (art. 64 lid 1 sub b CISG).

In vergelijking met art. 6:265 BW zijn de ontbindingsgronden in art. 49 en 64 CISG specifiekier omschreven. Er wordt onderscheid gemaakt tussen a) een *wezenlijke* tekortkoming (*fundamental breach of contract*) op basis waarvan de schuldeiser bevoegd is binnen een (redelijke) termijn te ontbinden, en b) een tekortkoming die bestaat uit het niet (tijdig) leveren (*non-delivery*) van de zaak van de kant van de verkoper, of het niet (tijdig) betalen of in ontvangst nemen door de koper, waarna na het verstrijken van een aanvullende termijn de overeenkomst door de schuldeiser kan worden ontbonden.<sup>83</sup>

Bepaling sub b ziet op de gevallen van te late levering die een niet-wezenlijke tekortkoming vormen.<sup>84</sup> Is aflevering niet (tijdig) geschied maar is er geen sprake van een fatale termijn, dan zal de schuldenaar dus een tweede kans geboden moeten worden

---

(2) However, in cases where the buyer has paid the price, the seller loses the right to declare the contract avoided unless he does so:

(a) in respect of late performance by the buyer, before the seller has become aware that performance has been rendered; or

(b) in respect of any breach other than late performance by the buyer, within a reasonable time:

(i) after the seller knew or ought to have known of the breach; or

(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, or after the buyer has declared that he will not perform his obligations within such an additional period.

<sup>83</sup> Bridge 2010, p. 912; Bertrams 2014, p.42; Van der Velden 1988, p. 186-187, p. 302-308, p. 312-314. Magnus 2005, p. 433.

<sup>84</sup> De formulering van lid 1, in het bijzonder het onderscheid dat wordt gemaakt tussen onderdelen a en b, roept vragen op. Moet deze bepaling zo gelezen kunnen worden dat te laat presteren een aparte categorie vormt naast wezenlijke tekortkoming, met andere woorden dat het te laat leveren, betalen of in ontvangst nemen a priori niet als wezenlijke tekortkoming dient te worden beschouwd? Deze uitleg ligt niet voor de hand. In de context van een overeenkomst kan een termijn essentieel zijn waardoor de overschrijding ervan een wezenlijke tekortkoming oplevert. Er is sprake van een dergelijk fatale termijn als dit zo door partijen is overeengekomen of als tijdigheid gezien de omstandigheden, bijvoorbeeld in het geval van late levering van seizoensproducten, van het grootste belang is. Ook het overschrijden van een leverdatum met enkele weken kan als wezenlijke tekortkoming worden beschouwd. Zie Digest, p. 237; Schlechtriem & Schwenger 2010, p. 290-291; Van der Velden 1988, p. 304-305; p. 313. Is wel ultimum remedium. Het schenden van een levertermijn geldt in principe niet als wezenlijk, tenzij het een fatale termijn betreft. Dit geldt ook voor niet op tijd betalen. Zie ook Magnus 2005, p. 433; Schwenger 2005, p.437.

alvorens de schuldeiser bevoegd is de overeenkomst te ontbinden. Na verloop van tijd, na het aflopen van de aanvullende leveringsmijn, kan de overeenkomst wel ontbonden worden.<sup>85</sup> Dit is in lijn met de gedachte dat *economic waste* zoveel mogelijk moet worden voorkomen en overeenkomsten daarom niet al te voortvarend mogen worden ontbonden.

Het Weens Koopverdrag staat de bevoegdheid van ontbinding van een overeenkomst dus toe voor tekortkomingen die wezenlijk zijn en voor tekortkomingen die *non-delivery* betreffen. Dit onderscheid wordt in het Nederlandse rechtstelsel niet gemaakt.

Uit de specifieke tweedeling in het CISG moet geconcludeerd worden dat in het geval van een niet-wezenlijke tekortkoming die niet het tijdsaspect betreft, het rechtsmiddel van ontbinding voor de schuldeiser niet openstaat.

Indien er sprake is van gebrekkige nakoming resten de schuldeiser als rechtsmiddelen het recht op nakoming of schadevergoeding.<sup>86</sup> Dit is een duidelijk verschil met het ontbindingsrecht van art. 6:265 BW dat dit onderscheid niet maakt. Om een beroep te kunnen doen op de ontbindingsmogelijkheid in het CISG zal de schuldeiser (als er geen sprake is van *non-delivery* vallend onder lid 1 sub b) dus moeten aantonen dat de schuldenaar wezenlijk is tekortgeschoten in de nakoming.<sup>87</sup>

### **2.3 Wezenlijke tekortkoming ('fundamental breach of contract') volgens art. 25 CISG**

Zoals besproken in voorgaande paragraaf speelt het begrip *fundamental breach of contract* een centrale rol in de ontbindingsbevoegdheid van artikelen 49 en 64 CISG. Voor een succesvol beroep op de ontbindingsmogelijkheid van art. 49 lid 1 sub a (als koper) of 64 lid 1 sub a (als verkoper) zal de schuldeiser moeten aantonen dat er sprake is van een wezenlijke tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door de schuldenaar.

Maar in welke gevallen of onder welke voorwaarden kan een tekortkoming in de nakoming als *fundamental*, wezenlijk, worden bestempeld?

De definitie van *fundamental breach of contract* zoals beschreven in art. 25 CISG valt in een aantal elementen uiteen:<sup>88</sup>

- 1) In de eerste plaats moet er, om te kunnen spreken van een tekortkoming die *fundamental* is, sprake zijn van schade of nadeel (*detriment*) voor de andere

---

<sup>85</sup> Van der Velden 1988, p.302-308, 312-314; Bridge 2010, p. 931; Magnus 2005, p. 433; zie Digest, p. 238 punt 22.

<sup>86</sup> Schlechtriem 2006, p. 85; Van der Velden 1988, p. 185-187; p.302.

<sup>87</sup> Zie ook Van der Velden 1988, p. 185-187; p.302-308, p. 312-314.

<sup>88</sup> Art. 25 CISG: "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result."

partij die zodanig van aard is, dat de andere partij in aanmerkelijke mate datgene wordt ontnomen (*substantially to deprive*) wat hij uit hoofde van de overeenkomst mocht verwachten dat hem toekwam.

- 2) Daarnaast wordt nog de eis van de voorzienbaarheid (*foreseeability*) gesteld: om de tekortkoming als wezenlijk te kunnen kwalificeren moet het gevolg van de tekortkoming voor de tekortkomende partij voorzienbaar zijn geweest. Als maatstaf voor beoordeling van de voorzienbaarheid wordt gehanteerd datgene wat voorzienbaar zou zijn geweest voor 'een redelijk persoon van dezelfde hoedanigheid in dezelfde omstandigheden'.<sup>89</sup>

### 2.3.1 Aanmerkelijke schade

Om te kunnen spreken van een wezenlijke tekortkoming dient in de eerste plaats sprake te zijn van schade. De stel- en bewijslast voor het aantonen van deze schade ligt bij de schuldeiser die de overeenkomst wenst te ontbinden.

De inhoud van deze schade is niet nader omschreven of omlijnd, maar het ligt voor de hand te veronderstellen dat deze financieel-economisch dient te worden ingevuld. Bridge spreekt van 'financial or physical harm measured against expectations', waaronder ook schade aan reputatie dient te worden begrepen.<sup>90</sup>

De vraag over de omvang en aard van de schade waarvan sprake moet zijn wil een tekortkoming als wezenlijk kunnen worden betiteld is lastiger te beantwoorden. Dit wordt in de hand gewerkt door het feit dat de tekst van art. 25 CISG, om het begrip *fundamental* te omschrijven en uit te leggen, nog meer vage termen ('*substantially*' en '*reasonable*') introduceert die zelf ook nadere uitleg behoeven en voor discussie vatbaar zijn. Algemeen beeld dat uit de jurisprudentie naar voren komt is dat het begrip restrictief wordt uitgelegd.<sup>91</sup>

Uitgangspunt is dat een tekortkoming pas wezenlijk is als zij de kern van de overeenkomst raakt. In de praktijk hangt het van de omstandigheden van het geval af wat hiermee in een concrete casus wordt bedoeld. Een tekortkoming is wezenlijk indien zij een punt betreft dat in het licht van de overeenkomst voor de schuldeiser van cruciaal belang is. De beantwoording van de vraag of de tekortkoming wezenlijk is, 'is a matter of judicial discretion'.<sup>92</sup> Een enkel defect in een goed wordt over het algemeen niet als wezenlijk beschouwd, zelfs niet als het gebrek niet kan worden opgelost. Hierop vormen

---

<sup>89</sup> Bertrams & Kruisinga. 2010 p. 239; een driedeling door Van der Velden 1988, p. 198-203. en Bridge 2010, p. 919.

<sup>90</sup> Van der Velden 1988, p. 201; Bridge 2010, p. 919; Christiaans & Van Wechem 2015, art. 25 spreken liever van 'nadeel' dan schade, hoewel in de Nederlandse vertaling van het CISG ook de term schade wordt gehanteerd.

<sup>91</sup> Digest art. 25 sub 5.

<sup>92</sup> Bridge 2010, p. 922; Magnus 2005, p. 426.

gebreken die een risico voor de volksgezondheid kunnen vormen overigens weer een uitzondering.<sup>93</sup>

De 'substantiality of detriment' hangt voornamelijk af van de eisen van partijen in de overeenkomst. Naarmate de stipulaties in de overeenkomst explicieter en duidelijker zijn omschreven heeft een schuldeiser meer mogelijkheden om aan te tonen dat een eis essentieel is en de tekortkoming daarmee als wezenlijk moet worden gekwalificeerd.<sup>94</sup>

Bepalend is ook in hoeverre de goederen nog bruikbaar zijn voor het doel dat met de overeenkomst werd beoogd. Is gebruik 'without unreasonable inconvenience' of doorverkoop nog wel mogelijk, zelfs tegen een lagere prijs, dan is de tekortkoming *non-fundamental*.<sup>95</sup>

### 2.3.2 Voorzienbaarheid

De tweede eis voor *fundamental breach* betreft de voorzienbaarheid van de tekortkoming in de nakoming.

De voorzienbaarheid of kenbaarheid van de mogelijke gevolgen van het tekortschieten heeft betrekking op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten.<sup>96</sup> Een en ander betekent dat een tekortschietende partij zich niet op deze bepaling kan beroepen als in de totstandkomingsfase of bij het sluiten van de overeenkomst ondubbelzinnig is medegedeeld dat een bepaling van essentieel belang is voor de wederpartij.<sup>97</sup>

Een ander aspect van het element van de voorzienbaarheid betreft de maatstaf van een persoon in de zelfde hoedanigheid in dezelfde omstandigheden. Daar waar in het eerste deel van art. 25 CISG met betrekking tot de aanmerkelijke schade een subjectieve uitleg voorop staat, is voor dit tweede element van het verdragsartikel een objectieve uitleg benodigd.<sup>98</sup> Terecht wordt in de literatuur opgemerkt dat de eis van *foreseeability* het verdragsartikel, dat toch al niet zo eenvoudig is door de vele vage termen die het bevat, nog ingewikkelder maakt.<sup>99</sup> Wel ligt de bewijslast voor het aantonen van de voorzienbaarheid bij de schuldenaar, daar waar het element van de geleden schade door de schuldeiser moet worden onderbouwd. Dit levert een enigszins geforceerd en onevenwichtig geheel aan eisen op waaraan moet worden voldaan om te kunnen spreken van een *fundamental breach of contract*.

---

<sup>93</sup> Zie de uitleg over non-delivery in de vorige paragraaf.

<sup>94</sup> Schwenzer 2005, p. 437

<sup>95</sup> Digest art. 49 sub 16 en art. 25 sub 8.

<sup>96</sup> Het verdrag zwijgt over het moment waarop de tekortschietende partij de gevolgen van een tekortkoming in de nakoming zou moeten voorzien. Gaat het om het moment van het afsluiten van de overeenkomst, of van het begaan van de tekortkoming? Voor de reikwijdte van de ontbindingsbevoegdheid maakt de timing van het beoordelingsmoment nogal een verschil. Zie Bridge 2010, p. 922 – 926; Van der Velden 1988, p. 193, 202. Dat ervan uit kan worden gegaan dat in het geval van art. 25 CISG ook dit beoordelingsmoment geldt, wordt bevestigd door de Digest, art. 25 sub 4.

<sup>97</sup> Eventuele additionele informatie over de belangen van de wederpartij die de schuldenaar in een latere fase ter ore of ter kennis zijn gekomen mogen niet van invloed zijn op de voorzienbaarheid. Zie Christiaans & Van Wechem 2015, art. 49.

<sup>98</sup> Klik 2008, p. 16-21.

<sup>99</sup> Bridge 2010, p. 925.



In ons rechtstelsel wordt in artikel 6:265 BW middels de tenzij-bepaling van lid 1 de mogelijkheid geboden om te beoordelen of de tekortkoming in de nakoming niet te gering is om ontbinding te kunnen rechtvaardigen. Dit uitgangspunt verschilt van het CISG waarin de *voorwaarde* van een *wezenlijke* tekortkoming wordt gesteld.

Het Nederlandse rechtstelsel maakt voor toepassing van de ontbindingsbevoegdheid verder geen onderscheid tussen kernbedingen en niet-kernbedingen (zie paragraaf 1.4.2 sub b), in tegenstelling tot het CISG, waar een schade pas als aanmerkelijk (en dus wezenlijk) geldt als zij de kern van de overeenkomst raakt.

Of de tekortkoming tot schade heeft geleid is een omstandigheid die door de Nederlandse rechter in aanmerking kan worden genomen, maar geen vereiste is voor het recht op ontbinding (zie paragraaf 1.4.2 sub c). Evenmin geldt de voorwaarde van 'voorzienbaarheid'.

## **2.4 Ter vergelijking: de ontbindingsbevoegdheid volgens UNIDROIT, PECL en DCFR**

Medio jaren negentig van de vorige eeuw zagen twee sets van beginselen, *principles*, op het gebied van het internationale contractenrecht het levenslicht: de Principles of European Contract Law (PECL) en de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (afgekort: UNIDROIT of PICC).<sup>100</sup> De PECL en de PICC zijn het resultaat van twee werkgroepen bestaande uit specialisten op het gebied van rechtsvergelijking die zich ten doel hadden gesteld de unificatie van het internationale overeenkomstenrecht mogelijk te maken. De PECL en de PICC vervullen in beginsel een modelfunctie. Als 'soft law' zijn ze niet afdwingbaar maar kunnen, indien contractspartijen hiervoor kiezen, wel rechtstreeks in overeenkomsten worden toegepast.<sup>101</sup> Onder het bereik van de PICC vallen alleen handelsovereenkomsten, terwijl de PECL betrekking hebben op alle overeenkomsten.

In 2010 werd de Draft Common Frame of Reference (DCFR), opgesteld door de Study group for a European Civil code, gepubliceerd als voorbereiding op een mogelijk toekomstig Europees BW.<sup>102</sup>

Deze drie 'modelwetten' zijn in belangrijke mate geïnspireerd op het CISG en vormen interessant materiaal voor rechtsvergelijking.

### **2.4.1 Termination volgens UNIDROIT, PECL en DCFR**

---

<sup>100</sup> Voluit: Unidroit Principles International Institute for the Unification of Private Law.

<sup>101</sup> Boele-Woelki 1995, p. 3 in het kader van een vergelijking tussen PECL en Unidroit.

<sup>102</sup> Voor een introductie over de DCFR: Van Gulijk 2009; Hondius 2008.

Waar het CISG spreekt van een *breach of contract* wordt in de UNIDROIT, PECL en DCFR de term *non-performance* gehanteerd. Non-performance omvat een niet-presteren, een te laat presteren of een gebrekkig/non-conform presteren.<sup>103</sup>

Ontbinding van de overeenkomst, *termination*, is één van de remedies die de schuldenaar ter beschikking staan indien de wederpartij zich schuldig maakt aan *non-performance*.

De ontbindingsbevoegdheid ('right to terminate the contract') staat beschreven in art. 9:301 PECL, art. 7.3.1 UNIDROIT en artikelen 3:502 en 3:503 DCFR.

Deze bepalingen vertonen grote gelijkenis met die van het Weens Koopverdrag. Gelijk artikelen 49 en 64 lid 1 sub a CISG vormen de wezenlijke tekortkoming of het aflopen van de 'additional period for performance' in geval van *delay - non-delivery* in termen van het CISG - gronden voor het recht op ontbinding.<sup>104</sup>

De ontbindingsbevoegdheid mag niet gebruikt worden in geval van 'some minor non-performance' en is beperkt tot de gevallen "in which the creditor's interests will be seriously affected by the non-performance" wordt benadrukt in de DCFR.<sup>105</sup>

#### **2.4.2 Fundamental non-performance volgens UNIDROIT, PECL en DCFR**

De criteria om te beoordelen of een tekortkoming in de nakoming wezenlijk is staan opgesomd in art. 8:103 PECL. Anders dan in het Weens Koopverdrag worden in de PECL drie typen *fundamental non-performance* onderscheiden die de schuldeiser het recht op ontbinding van de overeenkomst geven. Een tekortkoming is wezenlijk als:

- 1) strikte nakoming van de verplichting essentieel is voor de overeenkomst (art. 8:103 sub a);
- 2) de benadeelde partij door de tekortkoming 'beroofd' is van datgene wat hij uit hoofde van de overeenkomst mocht verwachten (art. 8:103 sub b);
- 3) er sprake is van opzettelijke niet-nakoming door de schuldenaar en de benadeelde er niet op kan vertrouwen dat deze in de toekomst alsnog zal nakomen (art. 8:103 sub c).

Dit laatste punt is een nieuw criterium ten opzichte van het CISG.

In lid 2 van art. 7.3.1 UNIDROIT wordt een vijftal aanknopingspunten gegeven aan de hand waarvan kan worden bepaald of een tekortkoming wezenlijk is. In de nadere detaillering van het begrip *fundamental* herkennen we de drie typen uit de PECL, die ook weer terugkomen in de DCFR<sup>106</sup>. Een belangrijk verschil met de andere *principles* is dat de UNIDROIT nog een additioneel aspect laten meewegen in de beoordeling, namelijk de consequenties van de ontbinding voor de *schuldenaar*: in hoeverre is er sprake van een

---

<sup>103</sup> Busch e.a. 2002, p. 325 over PECL.

<sup>104</sup> Over de bepaling in de PECL, Busch e.a. 2002, p. 364. Dit ook uit economische overwegingen en met het doel de positie van de schuldenaar te beschermen

<sup>105</sup> Zie Principle 27 on Contractual Security.

<sup>106</sup> Art. 7.3.1 lid 2 sub a tot en met d, waarbij het derde type c en d overeenkomen met (art. 8:103 sub c PECL); 3:502 Unidroit.

'disproportionate loss' voor de schuldenaar ten gevolge van de voorbereidingen en prestaties die hij al heeft geleverd indien de overeenkomst zou worden ontbonden?<sup>107</sup> Nieuw is dat aan de typen wezenlijke tekortkoming specifiek nog *reckless* (roekeloze) *non-performance* is toegevoegd, iets wat ook in de DCFR is overgenomen.

*Termination* wordt in de DCFR behandeld in twee artikelen: artikelen 3:502 en 3:503 DCFR. Herkenbaar in art. 3:502 is de tweedeling die ook in het CISG, PECL en UNIDROIT te vinden is tussen ontbinding wegens *fundamental non-performance* en (niet-wezenlijke) *delay in performance*. Verder zien we terug de eis van aanmerkelijke schade die ook in de CISG, PECL en UNIDROIT gesteld wordt, evenals opzet en roekeloosheid van de kant van de debiteur.

## 2.5 Tussenconclusie

Een schuldeiser die een overeenkomst waarop het Weens Koopverdrag van toepassing is op grond van een *fundamental breach of contract* wenst te ontbinden, heeft vele hindernissen te nemen. *Avoidance* is, als 'remedy of last resort', aan specifieke voorwaarden gebonden. De belangrijkste in dit kader is dat een tekortkoming *wezenlijk* moet zijn. Om als zodanig te kunnen worden gekwalificeerd, moet ook weer aan een aantal vereisten worden voldaan.

Daar waar in het BW in beginsel iedere tekortkoming in de nakoming ontbinding rechtvaardigt, wordt in het CISG door de voorwaarde van wezenlijke tekortkoming een groot aantal gevallen (namelijk de niet-wezenlijke tekortkomingen, waarop *non-delivery* weer een uitzondering vormt)<sup>108</sup> bij voorbaat uitgesloten. Onder het ontbindingsbereik van het CISG vallen al theoretisch gezien minder gevallen van tekortkoming en uit de jurisprudentie blijkt dat dat niet alleen in theorie, maar ook in de praktijk zo is. Een *fundamental breach* wordt niet snel aangenomen, alleen de werkelijk ernstige gevallen komen in aanmerking voor ontbinding.<sup>109</sup> De schuldeiser is degene die moet aantonen, dat de tekortkoming *fundamental* is. Hiermee is de positie van de schuldeiser minder sterk dan in het Nederlandse stelsel en die van de schuldenaar gunstiger.

Alles beschouwend verschilt de reikwijdte van de bevoegdheid tot ontbinding in het Weens Koopverdrag aanzienlijk van dat van art. 6:265 lid 1 BW. Dat geldt ook voor de

---

<sup>107</sup> (sub e) Comment, Integral version principles 2010. "Non-performance is less likely to be treated as fundamental if it occurs late, after the preparation of the performance, than if it occurs early before such preparation. Whether a performance tendered or rendered can be of any benefit to the non-performing party if it is refused or has to be returned to that party is also of relevance."

<sup>108</sup> Niet-wezenlijke vertragingen in de nakoming geven wel grond voor ontbinding zodra de extra gegunde termijn is afgelopen. Zie subparagraaf 2.2.2.

<sup>109</sup> Digest art. 25 sub 5; mogelijk is dit beeld enigszins vertekend zoals terecht opgemerkt door Bridge 2010, p. 922. Omdat door de vele eisen en voorwaarden die worden gesteld aan ontbinding (onder andere een *fundamental breach*, die hierna in wordt besproken) ontbinding in feite ontmoedigd wordt, is het mogelijk dat alleen de ernstigere gevallen 'in court' verschijnen, waardoor er geen jurisprudentie is over de minder ernstige gevallen.

later gepubliceerde 'modelregels' van de PECL, UNIDROIT en het DCFR waarin de lijn van het Weens Koopverdrag, met enige kleine aanpassingen, is voortgezet.

## Hoofdstuk 3: Ontbinding van een overeenkomst op grond van tekortkoming in het Engelse rechtssysteem

### 3.1 Inleiding

De Engelse *common law* verschilt in belangrijke mate van de continentale Europese *civil law* waartoe het Nederlandse rechtssysteem behoort.

Ontstaan vanuit de lokale rechtspraak van veelal rondreizende rechters onder gezag van de koning is de *common law* gebaseerd op eerdere gerechtelijke uitspraken (*judicial precedents*) in plaats van op door overheid gecodificeerde wetgeving (*legislative enactment*) zoals dat in het van oorsprong Romeinse continentale recht, waaronder ook het Nederlandse recht, het geval is.<sup>110</sup>

Het Engelse rechtssysteem kent weliswaar ook wetgeving van overheidswege, de *statutory law*, maar omdat deze wetgeving een potentiële inbreuk vormt op de *common law* wordt zij zo restrictief mogelijk uitgelegd ('to the letter of its word'). De bedoeling van de wet moet uitsluitend worden ontleend aan de woorden van de wet.<sup>111</sup> De rechter vult niet aan op grond van de redelijkheid en billijkheid of goede trouw.<sup>112</sup>

Tegen de achtergrond van deze verschillen tussen het Engelse recht en de continentale rechtssystemen is het interessant om stil te staan bij de vraag, hoe de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:265 BW zich verhoudt tot de regels met betrekking tot ontbinding van overeenkomsten (*repudiation*) in het Engelse recht.

Eerst zal aandacht worden besteed aan de uitleg van de verschillende soorten *terms of contract* (3.2). Begrip van deze terminologie is essentieel voor de bespreking van de ontbindingsbevoegdheid en de gronden voor ontbinding in geval van *breach of contract* (3.3).

### 3.2 *Terms of a contract*

De *terms of contract* refereren aan datgene wat partijen elkaar hebben beloofd. Bij koopovereenkomsten zijn *terms* bijvoorbeeld de belofte van de verkopende partij om een bepaald goed te leveren en de belofte van de koper om hiervoor het overeengekomen bedrag te betalen. Ook kan men denken aan zaken als eisen die aan de kwaliteit van een goed worden gesteld, termijnen voor nakoming en levering, etc. Een *term* heeft vaak de vorm van een verklaring of feit.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> James 1989, p. 7; Zwolve 2008, p. 25.

<sup>111</sup> James 1989, p. 7-14; Zwolve 2008, p. 60.

<sup>112</sup> Zwolve 2008, p. 545.

<sup>113</sup> Er bestaat nog een sub-categorie *terms*, de *exemption or exclusion clauses*. Deze laat ik omwille van de overzichtelijkheid buiten beschouwing.

### 3.2.1 *Express terms and implied terms*

Een *term* wordt een *express term* genoemd als deze expliciet is geuit of schriftelijk is vastgelegd. Er bestaan ook *implied terms*, bedingen of verplichtingen die door partijen stilzwijgend worden aangenomen. Deze *terms* zijn zo vanzelfsprekend dat deze niet uitdrukkelijk worden verklaard maar impliciet, als gegeven, geaccepteerd als onderdeel van de overeenkomst. *Implied terms* kunnen zijn ingegeven door gewoonte of gebruik (*usage*), maar ook door de wet (*by law*).<sup>114</sup> In sommige gevallen neemt de rechtbank een *implied term* aan om te voorkomen dat een contract volkomen zijn zin of betekenis verliest.<sup>115</sup>

### 3.2.2 *Conditions, warranties en innominate terms*

*Terms* worden nog in andere categorieën onderverdeeld: in *conditions*, *warranties* en *innominate terms*.<sup>116</sup> Deze classificatie is van belang voor het bepalen van de remedies die de teleurgestelde partij ter beschikking staan in geval van niet-nakoming.

*Conditions* zijn de verplichtingen die partijen als essentiële elementen van hun overeenkomsten beschouwen. Niet-essentiële *terms* worden *warranties* genoemd.<sup>117</sup> Daarnaast bestaan er nog de *innominate terms*, onbepaalde verplichtingen, die noch als *condition* noch als *warranty* kunnen worden gekwalificeerd. De relevantie van dergelijke *terms* kan pas worden bepaald na het optreden van een *breach of contract*, in het licht van de consequenties van de niet-nakoming.<sup>118</sup>

### 3.3 Ontbinding (*repudiation*) op grond van *breach of contract*

Het hangt van de aard van de *term* die niet is nagekomen af of de schuldeiser de overeenkomst in geval van een tekortkoming in de nakoming door de wederpartij mag ontbinden.<sup>119</sup>

Uitsluitend de niet-nakoming, *breach*, van een *condition* (*express* of *implied*) geeft de schuldeiser (naast recht op schadevergoeding) het recht op ontbinding van de

---

<sup>114</sup> De *implied term* kan worden aangevuld op basis van *common law* of *statute law*. Een voorbeeld van het laatste geval (waarbij het vaak om minimumstandaarden gaat) is de *Sale of Goods Act 1979* die enkele *implied terms* bevat. Men kan in het geval van handelscontracten denken aan voorwaarden rond betaling, levering etc. Maar ook arbeidscontracten bevatten *implied terms* zoals goede trouw, zorgvuldigheid, *duty of care*, arbo-normen etc. Zie Whincup 2006, p. 142-148; Dobson 2000, p. 109.

<sup>115</sup> Dit staat bekend als 'The Moorcock doctrine' die met grote terughoudendheid wordt toegepast: "The Moorcock doctrine will only be called into use where what has been omitted from the express terms is something which anyone would have assumed to be basic to the agreement, and which the parties themselves would clearly have expressly agreed to had they thought about it." In deze casus ging het om een schip dat onder overeenkomst was aangemeerd aan de werf van de wederpartij waar het vervolgens beschadigd raakte. Dat het schip daar veilig kon aanmeren was volgens de rechter een *implied term*. Zie James 1989, p. 301.

<sup>116</sup> Zie ook de *glossary of terms* in: Chartrand, Millar & Wiltshire 2003, p. 163; p. 179 en p. 181. Opgemerkt dient nog te worden dat de begrippen *condition* en *warranty* in het dagelijkse Engelse spraakgebruik verwarrend genoeg ook in andere zin worden gebruikt. Zie hierover o.a. James 1989, p. 299.

<sup>117</sup> Dobson 2000, p. 109-110; Whincup pp. 149-150.

<sup>118</sup> Soms ook *intermediate terms* genaamd. Zie Whincup 2006, p. 152.

<sup>119</sup> Op de problematiek rond de *battle of forms*, die het vraagstuk van de *terms* nog kan compliceren, ga ik omwille van de afbakening van dit onderzoek niet in.

overeenkomst. Als een *warranty* niet wordt nagekomen bestaat er alleen een recht op schadevergoeding.<sup>120</sup>

In de praktijk ligt dit op het eerste gezicht zo duidelijke onderscheid tussen *conditions* en *warranties* iets genuanceerder.

Een complicerende factor is dat de kwalificatie van een *term* door partijen vaak niet ondubbelzinnig vaststaat, bijvoorbeeld omdat dit niet door partijen schriftelijk is vastgelegd, of omdat de *condition* tussentijds een *warranty* is geworden. Als de precieze aard van een *term* niet vaststaat of deze dubbelzinnig is, is het aan de rechter om te bepalen welke rechtsmiddelen de schuldeiser ter beschikking staan en of ontbinding van de overeenkomst in casu gerechtvaardigd is.<sup>121</sup> De exacte aard van een concrete *term* moet dan worden afgeleid door de relevantie van de verplichting in het licht van de gehele overeenkomst te beoordelen.<sup>122</sup>

In andere gevallen, als de *terms* van een contract tussen partijen duidelijk zijn, heeft de rechter niet de ruimte (*discretion*) om zich te laten leiden door zijn eigen visie. De rechter komt dan slechts in een uitzonderlijke situatie, bijvoorbeeld als de *term* van een contract werkelijk onlogisch is, een corrigerende rol toe.<sup>123</sup>

In het geval van koopovereenkomsten roerende zaken is het voor de koper van belang afspraken rond kwantiteit en kwaliteitsstandaarden vooraf goed en gedetailleerd vast te leggen wil hij zich later succesvol op een eventuele *breach* kunnen beroepen.

Speciale aandacht in deze context verdienen data en termijnen. In de handelspraktijk wordt het zich niet houden aan de afgesproken *time clauses* voor aflevering van goederen als een ernstige tekortkoming beschouwd. Dit geldt vooral voor *shipping contracts* waar door rechters uitermate groot belang gehecht aan commerciële zekerheid. Dit gaat zelfs zo ver dat de essentie van de termijn niet eens expliciet in het contract hoeft te zijn vastgelegd. Het belang van termijnen is ook buiten de *shipping context* groot; ontbreekt een termijn dan zal de overeenkomst altijd binnen 'redelijke termijn' moeten worden uitgevoerd of kan deze tot een *condition* worden verklaard.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> Whincup 2006, p. 169. Voor een vergelijking tussen het CISG en Engels recht op het punt van ontbinding: Bridge 1999, p. 84-89.

<sup>121</sup> Whincup 2006, p. 151.

<sup>122</sup> James 1989, p. 299; Zwolve 2008, p. 538; Whincup 2006, p. 125 en p. 169. Complicerende factor is dat een *condition* verandert in een (*ex post facto*) *warranty* zodra uitvoering is gegeven aan het contract; hiermee vervalt het ontbindingsrecht. De achterliggende gedachte is dat ontbinding slechts zinvol en praktisch uitvoerbaar is zolang partijen nog geen handelingen in het kader van de overeenkomst hebben verricht.

<sup>123</sup> Whincup 2006, p. 153-154. Dit kan er –welihaar in zeer uitzonderlijke gevallen- toe leiden dat zelfs in het geval van *breach* een *condition* ontbinding van de overeenkomst niet gerechtvaardigd is.

<sup>124</sup> Dobson 2000, p. 111; Whincup 2006, p.130: "Terms as to times and dates in shipping contracts are self-evidently vital. Any breach beyond the most trivial will then necessarily and predictably be treated as breach of condition. It is not necessary for the innocent party expressly to have made time of the essence of the contract in these cases, nor even, it appears, to show that he has suffered or is likely to suffer any particular loss or damage because of the breach."

### 3.4 Tussenconclusie

Uitgangspunt voor de beoordeling, of een tekortkoming in de nakoming de ontbinding van een overeenkomst rechtvaardigt is in het Engelse recht in de eerste plaats datgene, wat partijen hierover hebben afgesproken en vastgelegd. Door essentiële en niet-essentiële *terms* te onderscheiden hebben partijen in beginsel bij het aangaan van de overeenkomst al enige duidelijkheid over de hun ter beschikking staande rechtsmiddelen in geval van een eventuele *breach of contract*. Dit is slechts anders, als afspraken van partijen niet duidelijk zijn, of strikte toepassing van de *terms* tot echt ongewenste of onlogische uitkomsten leidt. Dan kan de Engelse rechter corrigerend optreden.

Een opvallend verschil met het Nederlandse stelsel betreft de onderverdeling in verschillende *terms* die bepalend zijn voor de beschikbaarheid van rechtsmiddelen. Dit onderscheid kent het Nederlandse stelsel niet. Sterker nog, bij het beoordelen van het recht van ontbinding laat de Hoge Raad niet toe, dat onderscheid tussen kernbedingen en niet-kernbedingen wordt gemaakt (arrest *Twickler/R.*).

Een ander verschil betreft het meewegen van door de tekortkoming veroorzaakte schade bij het oordeel in geval van *innominate terms*, een aspect dat in de Nederlandse praktijk slechts een beperkte rol speelt. Voor de bevoegdheid tot ontbinding is, aldus het (in paragraaf 1.3.2 besproken) arrest *Brouwerij*, niet vereist dat de tekortkoming in de nakoming ernstige schade of andere ernstige gevolgen heeft veroorzaakt.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Zie eerder besproken arrest HR 9 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9965.



## Conclusie

Welke criteria worden gehanteerd om in een concreet geval te beoordelen of een tekortkoming in de nakoming van zodanig bijzondere aard of geringe betekenis is dat ontbinding van de overeenkomst uit hoofde van art. 6:265 lid 1 BW gerechtvaardigd is? En in hoeverre verschillen deze van de voorwaarden die andere rechtssystemen aan de tekortkoming stellen voor het mogen uitoefenen van de ontbindingsbevoegdheid?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden zijn in deze scriptie de ontbindingsbevoegdheid en het begrip (wezenlijke) tekortkoming vanuit het perspectief van het Nederlandse rechtstelsel, het Weens Koopverdrag en het Engelse recht onderzocht en met elkaar vergeleken.

Over art. 6:265 BW is sinds de invoering van het nieuwe BW in 1992 veel discussie geweest. Onder anderen Bakels, Hartlief en Stolp hebben in de afgelopen jaren kritiek geuit op de hoofdregel, dat iedere tekortkoming in de nakoming ontbinding rechtvaardigt, en andere, meer relativerende benaderingen bepleit. Bakels verdedigt het beginsel van 'redelijk alternatief' waarbij ontbinding de positie van *ultimum remedium* toekomt. Stolp staat een vergelijkbaar standpunt voor en hanteert hierbij de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Door Hartlief worden structurele uitzonderingen op de hoofdregel en de voorwaarde van een wezenlijke tekortkoming voorgesteld.<sup>126</sup>

In de rechtspraak hebben deze benaderingen tot dusverre echter geen navolging gekregen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de Hoge Raad vasthoudt aan het wettelijke uitgangspunt van art. 6:265 BW en ook arresten van zeer recente datum, het wettelijke uitgangspunt handhaaft.<sup>127</sup>

Dit standpunt is, zoals in hoofdstuk 1 besproken, in het licht van de ontstaansgeschiedenis van het wetsartikel zeer verklaarbaar en begrijpelijk. De parlementaire geschiedenis leert ons dat de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW een uitzonderingsbepaling is en dat ontbinding slechts in zeldzame gevallen kan worden uitgesloten. Uitgangspunt is dat de schuldeiser erop moet kunnen rekenen, dat hem het recht op ontbinding toekomt.<sup>128</sup>

Niettemin kan er sprake zijn van omstandigheden waarbij een tekortkoming in de nakoming van zodanig bijzondere aard of geringe betekenis is, dat ontbinding van de overeenkomst niet gerechtvaardigd is. Bepalend criterium is hierbij voornamelijk de aard van de overeenkomst. Waar in het geval van huurovereenkomsten bijvoorbeeld het woonbelang van de huurder voorop staat en moet worden afgewogen tegen het bedrijfsbelang van de verhuurder, zal voor koopovereenkomsten het zwaartepunt liggen op de conformiteit van het geleverde en is voor de ernst van de tekortkoming bepalend

---

<sup>126</sup> Zie paragraaf 1.3.1.

<sup>127</sup> Paragraaf 1.3.2.

<sup>128</sup> Paragraaf 1.2.

in hoeverre de zaak wel of niet beantwoordt aan de verwachtingen van de koper. Hiermee biedt de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW, afhankelijk van de aard van de overeenkomst in kwestie, ruimte voor enige flexibiliteit, zij het met mate.<sup>129</sup>

Vanuit rechtsvergelijkend perspectief verschilt de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:265 lid 1 BW op enkele wezenlijke punten van het Weens Koopverdrag en de bepalingen in het Engelse recht.

Een eerste verschil betreft de positie van het rechtsmiddel van ontbinding. Waar de ontbindingsbevoegdheid in het Nederlandse wettelijke stelsel op gelijke hoogte staat met de andere remedies nakoming en schadevergoeding, wordt ontbinding in het CISG als *ultimum remedium* gepositioneerd. Het Engelse recht geeft de bevoegdheid tot ontbinding als *conditions*, kernbedingen, niet worden nagekomen en vervult hiermee als het ware een middenpositie tussen het Nederlandse recht en het Weens Koopverdrag.<sup>130</sup>

Met de plaats die ontbinding als rechtsmiddel in het rechtssysteem heeft hangen de voorwaarden die aan de aard of betekenis van de tekortkoming worden gesteld, wil men wegens tekortkoming kunnen ontbinden, nauw samen.

Volgens art. 6:265 lid 1 BW rechtvaardigt in beginsel *iedere* tekortkoming in de nakoming ontbinding van de overeenkomst door de schuldeiser, tenzij de tekortkoming van een bijzondere aard of te geringe betekenis is. Het CISG heeft een duidelijk andere invalshoek: wil een schuldeiser een overeenkomst ontbinden volgens het CISG, dan zal hij moeten aantonen dat de tekortkoming in de nakoming *wezenlijk* is. In het Weens Koopverdrag worden de (niet aan het tijdsaspect gerelateerde) niet-wezenlijke tekortkomingen al bij voorbaat van dit rechtsmiddel uitgesloten. Daar komt nog bij dat de eisen die aan een tekortkoming worden gesteld om als wezenlijk te kunnen worden gekwalificeerd (substantiële schade en voorzienbaarheid), subjectief en voor velerlei uitleg vatbaar zijn. Illustratief hiervoor is de *Stepscooter*-casus die in de inleiding is aangehaald: rechtbank en hof kwamen tot een tegengesteld oordeel over de vraag, of de tekortkoming in casu wezenlijk was en ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigde. Hiermee is de *fundamental breach*, ondanks, of waarschijnlijk juist door, de uitgebreide omschrijving in art. 25 CISG, een moeilijk te kwalificeren begrip.<sup>131</sup> Het Engelse recht daarentegen weet deze problematiek door de vaststelling van de *conditions* bij het aangaan van het contract grotendeels te omzeilen.

Alles tezamen is, door de voorwaarde van *wezenlijke* tekortkoming, het toepassingsbereik van de ontbindingsbevoegdheid van het CISG vergeleken met het Nederlandse recht aanzienlijk beperkter.

Hiermee komen we op een derde aspect waarin de ontbindingsbevoegdheid in het Nederlandse rechtssysteem en het Weens Koopverdrag van elkaar verschillen: de positie

---

<sup>129</sup> Paragraaf 1.4.2.

<sup>130</sup> Paragrafen 2,2 en 3,2.

<sup>131</sup> Paragraaf 2,3.

van de schuldeiser en schuldenaar. De voorwaarde van *fundamental breach* in het CISG verkleint het toepassingsbereik van het recht op ontbinding voor de schuldeiser en versterkt hiermee de positie van de schuldenaar. De mogelijkheid voor een schuldeiser om in geval van een tekortkoming in de nakoming door zijn wederpartij succesvol ontbinding van de overeenkomst te vorderen, wordt immers beperkt omdat de schuldeiser zal moeten aantonen dat de tekortkoming *fundamental* is. In het Nederlandse stelsel, waarin deze eis niet wordt gesteld, is de positie van de schuldeiser in vergelijking met die in het CISG gunstiger.

Uit de parlementaire geschiedenis van het BW blijkt dat het vergroten van de rechtszekerheid een belangrijke drijfveer is geweest voor de aanpassingen aan het rechtstelsel, ook ten aanzien van het rechtsmiddel van de ontbinding. De hoofdregel zoals geformuleerd in art. 6:265 lid 1 BW geeft het wettelijk uitgangspunt helder en ondubbelzinnig weer. Hiermee draagt het wetsartikel bij aan de rechtszekerheid van partijen, zekerheid die voor internationale koopovereenkomsten en handelscontracten van het grootste belang is.

Tegelijkertijd biedt de tenzij-bepaling ook de ruimte voor nuancering en relativering van de hoofdregel, in gevallen waar de omstandigheden en belangen van partijen dit vragen. Hiermee is in beginsel een goede balans gevonden tussen de belangen van schuldenaar en schuldeiser, tussen zekerheid en flexibiliteit. In de jurisprudentie van de Hoge Raad vanaf 1992 wordt door middel van een aantal gezichtspunten invulling gegeven aan de omstandigheden van het geval waaronder de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW van toepassing is. Vraag is echter wel of deze gezichtspunten in de dagelijkse (handels)praktijk voldoende houvast bieden. Indien partijen vooraf met enige zekerheid willen weten waar zij aan toe zijn, mocht een van hen tekortschieten in de nakoming, dan doen zij er goed aan de voor hen essentiële elementen van hun overeenkomst in detail, vast te leggen. Hierbij kan wellicht het Engelse stelsel van *terms of contract* als voorbeeld dienen.

Ook vanuit het perspectief van het internationale overeenkomstenrecht is er stof tot nadenken. Bij vergelijking van art. 6:265 lid 1 BW met het recht op ontbinding in het Weens Koopverdrag (evenals UNIDROIT, PECL en DCFR) komen enkele significante verschillen in uitgangspunten naar voren. Mochten de beweging tot unificatie van het internationale overeenkomstenrecht zich in de nabije toekomst verder ontwikkelen, bijvoorbeeld in de vorm van een Europees BW of een Europese Koopwet, dan zal bezien moeten worden wat dit betekent voor de uitgangspunten die het Nederlandse stelsel met betrekking tot de ontbindingsbevoegdheid hanteert.

## Aangehaalde literatuur

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

*Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen overeenkomstenrecht deel III*, Deventer: Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-I 2016/380

*Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, De verbintenissen in het algemeen deel I*, Deventer: Kluwer 2016.

Bakels 1993

F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*. (diss.), Deventer: Kluwer 1993.

Bakels 2011

F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten*, Mon. Nieuw BW B58, Deventer: Kluwer 2011.

Bertrams & Kruisinga 2010

R.I.V.F. Bertrams & S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationale privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Kluwer 2010.

Bertrams 2014

R.I.V.F. Bertrams, *Koop. Praktijkreeks IPR, Deel 12*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2014.

Boele-Woelki 1995

K. Boele-Woelki, *Principles en IPR : enkele beschouwingen over de toepassing van de UNIDROIT principles of international commercial contracts en de Principles of European contract law op internationale overeenkomsten*, Lelystad: Vermande 1995.

Van Boom 2016

W.H. van Boom, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

Bridge 1999

M. Bridge, *The International Sale of Goods. Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press 1999.

Bridge 2010

M. Bridge, 'Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods', in: *The International and Comparative Law Quarterly* [0020-5893] yr:2010 vol:59 iss:4 pg:911-940.

Busch e.a. 2002

D. Busch e.a., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Chartrand, Millar & Wiltshire 2003

M. Chartrand, C. Millar & E. Wiltshire, *English for Contract and Company Law*. London : Sweet & Maxwell 2003

Christiaans & Van Wechem 2015

C.R. Christiaans & T.H.M. van Wechem, *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Dobson 2000

P. Dobson, *Sale of Goods and Consumer Credit*, London: Sweet & Maxwell 2000

Van Gulijk 2009

S. van Gulijk, 'De Draft Common Frame of Reference: een korte introductie', in: *Ars Aequi* juni 2009, bl. 374-377.

Hartlief 1994

T. Hartlief, *Ontbinding*.(diss.) Deventer: Kluwer 1994.

Den Hoed 2007

J. Den Hoed, 'Ontbindingsleer niet uit de mode', in: *Bb* 2007, 60.

Hondius 2008

E.H. Hondius, 'Gemeenschappelijk referentiekader (common frame of reference: kiem van een Europees BW?', in: *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2008-4, blz. 134-143.

James & Glover 1989

P.S. James & G.N. Glover, *Introduction to English Law*. London : Butterworths, 1989.

De Jong 2006

G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Mon. Nieuw BW B33, Deventer: Kluwer 2006.

Klik 2008

P. Klik, *Conformiteit bij koop, Recht en Praktijk deel 161*, Deventer: Kluwer 2008.

Magnus 2005

U. Magnus, 'The remedy of avoidance of contract under CISG - general remarks and special cases', in: *The Journal of Law and Commerce* [0733-2491] yr:2005 vol:25 iss:1-2 pg:423

Schlechtriem 2006

P. Schlechtriem, 'Subsequent performance and delivery deadlines - avoidance of CISG sales contracts due to non-conformity of the goods', in: *Pace International Law Review* [1553-7897] 2006 vol:18 iss:1 pg:83-96.

Schlechtriem & Schwenzer 2010

P. Schlechtriem & I. Schwenzer (red.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: University Press 2010.

Schwenzer 2005

I. Schwenzer, 'Avoidance of the contract in case of non-conforming goods (article 49 (1))A CISG)', in: *The Journal of Law and Commerce* [0733-2491] yr:2005 vol:25 iss:1-2 pg:437

Stolp 2007

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming: de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit* (diss.) Deventer: Kluwer 2007.

Strijbos 2016

F.P.C. Strijbos, 'Ontbinding van een consumentenkoop na levering van een gebrekkige zaak', in: *NTBR* 2016/36.

Van der Velden 1988

F.J.A. van der Velden, *Het Weense koopverdrag 1980 en zijn rechtsmiddelen*.(diss.), Deventer: Kluwer 1988

Visscher 2007

L. Visscher, 'De rangorde van remedies voor wanprestatie: subsidiariteit en proportionaliteit versus efficiëntie', in: *NTBR* 2007/54.

De Vries 1997

G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, 2<sup>e</sup> druk, Deventer : Kluwer 1997

Whincup 2006

M.H. Whincup, *Contract Law and Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006

Zwalve 2008

W.J. Zwalve, C.Ae. *Uniken Venema's Common Law en Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

### **Aangehaalde digitale bronnen**

UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods—2016 United Nations 2016 Edition <[uncitral.org](http://uncitral.org)>

## Rechtspraakregister

### *Hoge Raad*

HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp/Regency)  
HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling)  
HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 (Twickler/R.).  
HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (Mol/Meijer Beheer)  
HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou)  
HR 9 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9965  
HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 343 (Fisser/Tycho)  
HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1455  
HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2287  
HR 24 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:63  
HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:633

### *Parket bij de Hoge Raad*

PHR 9 februari 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AA9965  
PHR 29 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:351

### *Gerechtshoven*

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6781  
Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK7529  
Hof 's Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSE:2012:BY6857  
Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:879

### *Rechtbanken*

Rb. Arnhem 28 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5607  
Rb. Utrecht 28 januari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH2449  
Rb. Arnhem 23 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7459  
Rb. Alkmaar 11 juni 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BX5783  
Rb. Noord-Nederland 3 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013: BZ6217  
Rb. Oost-Brabant 26 mei 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2684  
Rb. Noord-Holland 2 november 2016, (ECLI:NL:RBNHO:2016:8692  
Rb. Amsterdam 7 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5120